

LEONARDO PAPP

TUTELA INIBITÓRIA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

CURITIBA, 2002.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
NÚCLEO DE MONOGRAFIA**

TUTELA INIBITÓRIA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Monografia apresentada pelo acadêmico Leonardo Papp, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni e Co-orientação do Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito.

CURITIBA, 2002.

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO PAPP

TUTELA INIBITÓRIA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, perante a seguinte banca examinadora:

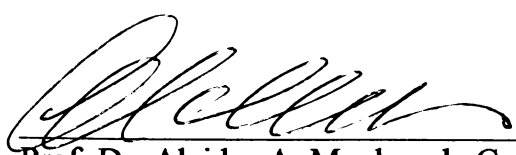
Orientador:



Prof. Dr. Luiz Guilherme B. Marinoni



Prof. Dr. Edson Ribas Malachini



Prof. Dr. Alcides A. Munhoz da Cunha

Curitiba, 20 de Novembro de 2002.

A elaboração desta monografia, mais do que uma exigência meramente curricular, representa o encerramento de uma etapa na minha vida. Muito além da formação acadêmica, os cinco anos de estudos na Universidade Federal do Paraná proporcionaram (por vezes, impuseram!) valiosas e inesquecíveis lições de crescimento pessoal.

Tanto o desenvolvimento acadêmico quanto o pessoal não são processos solitários. Em ambos os campos, angústias e dúvidas – mas também alegrias e sucessos – foram compartilhadas com diversas pessoas, as quais sinto-me ternamente obrigado a fazer menção, em forma de singelo agradecimento.

Ao Ronaldo Klitzke Filho, Gustavo Larsen, Sérgio Papp Lazzaris, Juliana e Heloisa (estas, minhas queridas irmãs), pelo convívio fraterno e harmonioso.

A meus pais, Elsa e José, pelo seu amor incondicional e por nunca me deixarem esquecer que nenhum obstáculo é grande o suficiente para não ser enfrentado.

À Roberta, pelos momentos que passamos (e, quiçá, passaremos) juntos, cuja companhia constantemente me lembra que mesmo os desejos mais simples podem se revelar grandes sonhos.

Finalmente, a Deus, por tudo e por todas as pessoas maravilhosas que colocou em minha vida.

*“Mas ele desconhecia esse fato extraordinário,
Que o operário faz a coisa, e a coisa faz o operário.
De forma que, certo dia, à mesa, ao cortar o pão,
o operário foi tomado de uma súbita emoção.
Ao constatar assombrado que tudo naquela mesa –
garrafa, prato, facão – era ele quem fazia.
Ele, um humilde operário, um operário em construção.”*
(Vinícius de Moraes)

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 1) DIREITO PROCESSUAL CIVIL: BREVE PANORAMA..... | 3 |
| 1.1) DO SINCRETISMO À INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO | 4 |
| 1.2) A TUTELA CONTRA AMEAÇA A DIREITO (RECTIUS, VOLTADA CONTRA O ILÍCITO) | 10 |
| 1.3) A INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS SENTENÇAS | 16 |
| 1.4) DIREITO PROCESSUAL E DIREITO MATERIAL: A NECESSÁRIA CONEXÃO | 21 |
| 2) TUTELA INIBITÓRIA: UMA TUTELA ADERENTE AO DIREITO MATERIAL | 26 |
| 2.1) FUNDAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA | 27 |
| 2.2) PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA | 31 |
| 2.3) AUTONOMIA DA TUTELA INIBITÓRIA..... | 39 |
| 2.4) TUTELA INIBITÓRIA E OUTRAS TUTELAS ADERENTES AO DIREITO MATERIAL | 42 |
| 3) TUTELA INIBITÓRIA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS..... | 48 |
| 3.1) PEDIDO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS | 49 |
| 3.2) UM ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO: O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE PEDIDO E SENTENÇA NAS TUTELAS VOLTADAS CONTRA O ILÍCITO..... | 53 |
| 3.3) PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA (CONTRA O ILÍCITO) CUMULADO A PEDIDO DE TUTELA RESSARCITÓRIA (CONTRA O DANO): O PROBLEMA DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL | 58 |
| 3.4) TUTELA INIBITÓRIA CUMULADA COM TUTELA RESSARCITÓRIA (OU, BREVES APONTAMENTOS DO JULGAMENTO DO PEDIDO INIBITÓRIO QUE SE TORNA INCONTROVERSO ANTES DO PEDIDO RESSARCITÓRIO)..... | 64 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 73 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 75 |

INTRODUÇÃO

Um sistema processual somente poderá ser considerado eficaz e instrumental na medida em que dispuser de mecanismos suficientes para assegurar a fruição dos direitos conferidos aos cidadãos em dado momento histórico.

Tal constatação resta especialmente evidenciada a partir do surgimento dos chamados “novos direitos”, de cunho eminentemente extrapatrimonial, abrindo-se espaço para que sejam formuladas sérias críticas em relação à adequação do ordenamento processual pátrio a esse novo contexto. Isso porque tais direitos, em grande medida, somente serão tutelados de forma tempestiva e eficaz se os provimentos judiciais atuarem de forma preventiva, ou seja, antes mesmo (e independentemente) da existência de um dano, já quando se constatar (ou se temer) a ocorrência de uma conduta ilícita.

Para a compreensão dessa nova realidade, revela-se fundamental delinear, ainda que brevemente, o caminho percorrido pela Ciência Processual Civil até a sua atual fase histórica, a qual se centra na idéia de *instrumentalidade* do processo. Com base nesses subsídios, busca-se desfazer a confusão que se estabeleceu entre as figuras do dano e do ilícito e a conseqüente inaptidão da sentença condenatória para a tutela preventiva de direitos. Tais questões serão abordadas na primeira parte deste trabalho, na qual também se postula a reaproximação entre direito material e direito processual, como ponto de partida para a adequação e a efetividade da tutela jurisdicional.

Surge, portanto, a necessidade de se repensar as formas de tutela ofertadas pelo sistema processual (agora tomadas sob a perspectiva do direito material), as

quais devem ter a sua disposição instrumentos processuais aptos a garantir-lhes os resultados esperados no mundo dos fatos (tais como os provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*). É dentro desse contexto que exsurge a importância da tutela inibitória (ou preventiva do ilícito), sendo que a segunda parte deste texto procura delinear seus fundamentos, seus pressupostos e sua autonomia. Também nesse momento busca-se o enquadramento da “ação” inibitória entre as categorias da chamada *classificação das tutelas aderentes ao direito material*, com base na qual se analisará o instituto da cumulação de pedidos entre tutelas voltadas contra o ilícito (inibitória) e tutelas voltadas contra o dano (ressarcitória).

Aprofundando um pouco mais o tema, perceberemos que o tempo despendido pelo processo na resolução da lide é também um ponto fundamental para a efetividade do direito processual e da tutela dos direitos (materiais). Com efeito, tão importante quanto definir a quem assiste razão é não submetê-lo desnecessariamente ao ônus (e às mazelas) do processo, garantindo a utilidade prática da implementação dessa decisão.

A partir desse contexto, no terceiro capítulo, destacamos as peculiaridades a serem enfrentadas para a efetividade do provimento inibitório quando a ele cumulare-se outros pedidos. Tradicionalmente, nosso direito não tem admitido o julgamento de um (ou de alguns) dos pedidos cumulados em momentos diferentes, mesmo quando um (ou alguns) dele(s) se tornar(em) incontroverso(s) antes do(s) outro(s). Contudo, a doutrina tem apontado algumas alternativas para a superação do princípio da unidade e da unicidade do julgamento, as quais autorizam a decisão antecipada de um dos pedidos cumulados. Não se pretende, deixe-se claro, esgotar a

discussão acerca de tão tormentoso tema, mas apenas apresentar suas principais características, assim como a sua relevância quando aplicado às demandas que apresentarem pedidos inibitórios cumulados a pedidos ressarcitórios.

1) DIREITO PROCESSUAL CIVIL: BREVE PANORAMA

Sempre que se pretende compreender a maneira de atuação da Ciência Jurídica, chega-se à conclusão de que o processo está *duplamente defasado*. A idéia não é inédita, mas nem por isso deixa de ser verdadeira. Ora, a realidade (o mundo dos fatos) é extremamente dinâmica. Essa dinamicidade resta sobremaneira evidente na sociedade contemporânea (na qual as informações fluem cada vez mais rapidamente).

Nesse cenário, num lapso temporal cada vez menor, surgem situações novas, que reclamam alguma forma de regulação, a fim de manter viável a vida em sociedade. O Direito, portanto, como mecanismo de regulação da sociedade, está constantemente em transformação, já que precisa adequar-se, no menor espaço de tempo possível, a essas novas situações. O processo, por sua vez, como instrumento de atuação do direito (material), corre atrás deste, daí concluir-se por sua dupla defasagem. Todavia, essa “constatação, embora soe como frustrante, é absolutamente natural à essência das coisas. O papel do jurista, porém, é o de tornar o abismo que separa essas três figuras (realidade, direito e processo) o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, com a maior brevidade possível”.¹

Para que se atinja esse objetivo é fundamental que voltemos nossa atenção

¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela Inibitória da Vida Privada*. RT: São Paulo, 2000, p.17.

ao direito processual, pois de nada adiantaria o direito material conseguir incorporar essas transformações, se, por outro lado, não houver instrumentos processuais aptos a tutelar situações novas. A partir dessa constatação, toma corpo a idéia de instrumentalidade do processo² e, dentro dessa corrente, a noção de que a decisão jurisdicional deve conferir à parte que tem razão a mesma situação fática de que disporia caso não fosse necessária a intervenção estatal. Ou seja, conforme a lição de BARBOSA MOREIRA, “(...) se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquela que produziria a atuação espontânea das normas substanciais”.³ Sobressai, então, a necessidade de reaproximar direito e processo (sem que se perca a noção de autonomia científica deste). A compreensão da forma de atuar da chamada tutela inibitória (bem como a sua cumulação com outras espécies de tutela) é fundamental para que se atinja tal desiderato.

1.1) DO SINCRETISMO À INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Antes, contudo, é necessário que trilhem, ainda que rapidamente, o caminho percorrido pelo processo civil no decorrer dos anos, até o atingimento do estágio atual. Pode-se dividir esse percurso, basicamente, em três fases: sincretismo, autonomia e instrumentalidade.

O primeiro desses momentos (sincretismo ou fase civilista do processo) é marcado pela confusão conceitual que se estabeleceu entre os planos substancial e

² “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos (...)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 22-23.

processual. Com pequenas variações, essa concepção predominou por um longo período, tendo como paradigma a definição da *actio* romana atribuída a Celso: *nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeatur in iudicium persequendi* (ação nada mais é do que o direito que nos é devido e em juízo perseguido).⁴ Segundo DINAMARCO, durante esse momento histórico havia uma “visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento) (...)”.⁵

Já a segunda fase (autonomista ou científica), é marcada pela preocupação em diferenciar a relação jurídica processual daquela do plano substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seu objeto.⁶ Inaugurou-se, então, a ciência processual civil. Surge no último quartel do século XIX, sob a influência de grandes juristas, sendo palco de discussão de vários temas – como a natureza da ação e da jurisdição – debates estes que, ainda hoje, influenciam sobremaneira a compreensão da Ciência Processual Civil.

Interessa aos objetivos de nosso estudo, contudo, duas idéias desenvolvidas nessa época. Em primeiro lugar, a distinção entre Administração e Jurisdição, nos moldes preconizados por CHIOVENDA, que definiu esta como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la,

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual (3ª Série)**. Forense: Rio de Janeiro, 1994.

⁴ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. **Comentários ao Código de Processo Civil (volume 11)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

praticamente, efetiva”.⁷ É justamente a substitutividade da atividade jurisdicional, continua Chiovenda, que falta à atividade meramente administrativa do Estado. Como consequência, resta vedado o exercício da autotutela (a justiça de mãos próprias), tendo o Estado se comprometido, por meio do monopólio da jurisdição, a pôr fim aos conflitos de interesse através da *justa composição da lide* (na contribuição formulada por Carnelutti).

Outra noção desenvolvida nessa época (e que nos interessa aqui) é a separação entre a função cognitiva e a função executiva, com nítida preferência pela primeira.⁸

Em decorrência desse isolamento das funções processuais (e da preferência pela cognição) chega-se à chamada *ordinarização do processo*, privilegiando os valores de máxima segurança jurídica e de busca da verdade (formal), o que se pretendia atingir através da cognição plena e exauriente e da igualdade de oportunidades (também formal) entre as partes litigantes. Mais, nesse sistema, o juiz deveria primar pela neutralidade, ou seja, “partiu-se da premissa (equivocada) de que a imparcialidade do juiz deveria corresponder, necessariamente, a sua neutralidade em participar ativamente da relação jurídico-processual”, não interferindo na atividade das partes, que procuravam provar os fatos perante o juízo, “(...) tendo-se em conta que somente ao final, isto é, quando observada a *ordem dos juízos privados* capaz de respaldar o encontro fugaz da certeza jurídica por meio da

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p.14

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p.15-16.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil (volume 2)*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

⁸ “A função cognitiva foi por longo tempo a mais conhecida, para não dizer a única conhecida, a tal ponto que a expressão *iuris dictio*, que supõe o ato de julgar, próprio da função cognitiva, generalizou-se para

verdade hermenêutica, é que [o juiz] haveria de ‘dizer o direito’ em sentença de procedência ou improcedência (...)”.⁹

Em resumo, vários dogmas da ciência processual civil, ainda hoje operantes, encontram nesses fenômenos o seu fundamento: i) do isolamento das funções processuais e da prevalência da atividade cognitiva, surge a separação rígida entre processo de conhecimento (voltado para a certificação da verdade) e processo de execução (objetivando a realização prática do direito já afirmado), daí advindo a máxima *nulla executio sine titulo*; ii) por outro lado, a ordinarização do processo, que fez propagar o mito da neutralidade do juiz, da igualdade entre as partes litigantes e da busca da verdade formal.

Vivemos, entretanto, a terceira fase do desenvolvimento histórico do processo, marcada pela idéia de *instrumentalidade*. Ou seja, “depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual”.¹⁰ Neste novo cenário, postula-se a reaproximação entre processo e direito substancial, a partir do momento em que se constata ser mais importante o resultado prático da prestação jurisdicional do que meramente o provimento obtido ao cabo do processo.

Não se aspira, deixemos claro, ao rompimento completo com as conquistas da fase anterior, sendo pertinente o alerta de MUNHOZ DA CUNHA, no sentido de que “(...) a dogmática é o único referencial que se tem para compreender o sistema,

designar a função estatal de jurisdição, que compreende outras manifestações além da tutela cognitiva”. MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *op. cit.*, p. 78.

⁹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil (volume 4 – tomo I)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-118.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997 p. 14.

ainda que para alterá-lo, visando lhe conferir uma conotação deontológica”.¹¹ Por outro lado, o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual é suficientemente sólido para que discutamos novos problemas (frutos da nova realidade) sem que se negue a autonomia científica do processo, a ponto de DINAMARCO afirmar, em tom jocoso, que “insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração do átomo”.¹²

Mas, afinal, como identificar essa instrumentalidade? BARBOSA MOREIRA¹³ (ao falar sobre efetividade do processo), destaca cinco perspectivas: *i)* a disponibilização de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica; *ii)* o alargamento do acesso à Justiça e ao Judiciário, viabilizando esses instrumentos, ao menos em princípio, a todos os seus supostos titulares; *iii)* atenção para com o direito à prova; *iv)* a efetividade do resultado do processo; *v)* busca da simplificação dos procedimentos, visando ao atingimento de um resultado efetivo, com o mínimo de gasto de tempo e energia do Judiciário e das partes. Por seu turno, DINAMARCO afirma ser a busca pela instrumentalidade uma tarefa que interessa não apenas ao processualista moderno, mas igualmente ao legislador e ao intérprete das normas de direito processual.¹⁴

Paradigmática dessa concepção é a máxima chiovendiana de que *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto*

¹¹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *op. cit.*, p. 73.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 20.

¹³ Citado por ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 19-20.

¹⁴ “A visão instrumentalista que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante, nas preocupações do legislador brasileiro da atualidade, como se vê nas leis das pequenas causas e da ação civil pública (medidas destinadas à efetividade do processo). É indispensável que também o

quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire. Por óbvio, o entendimento de que o processo deve dar, a quem tem direito, tudo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter não se esgota no plano processual; ao contrário, tal postulado somente será plenamente satisfeito se o litigante, por meio de um processo efetivo e instrumental, puder faticamente obter o bem da vida que postula em juízo. Diante desse cenário, torna-se indispensável voltar a pensar o processo civil sob o prisma da *tutela jurisdicional*, banida do cogito científico durante toda a fase autonomista. Como nos lembra MARINONI, a partir desse momento, pode-se concretizar a já mencionada (e necessária) reaproximação entre processo e direito, pois “é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil na perspectiva da tutela jurisdicional tem um sério compromisso de pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material”.¹⁵ Por óbvio, vários dogmas construídos durante a busca da autonomia científica do processo não mais servem, indistintamente, neste novo cenário: a segurança jurídica, a cognição plena e exauriente, o rito procedimental ordinarizado, por vezes, devem ceder lugar a juízos de verossimilhança, a tutelas de urgência, a cognição sumária e a procedimentos específicos; e mais, revela-se a necessidade de bem distinguir neutralidade e imparcialidade do magistrado; além de não mais ser possível contentar-se com a igualdade e a busca da verdade meramente formais, desconsiderando-se as reais condições de vida das partes litigantes.

intérprete fique imbuído desse novo ‘método de pensamento’ e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62. Magistral é o conceito construído por Flávio Yarshell, asseverando ser a tutela jurisdicional “locução apta a designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meio predispostos para a obtenção desse resultado. Nessa medida, portanto, o exercício da jurisdição, por meio do

A partir desse momento, um novo leque de dilemas se revelará na trilha de um processo instrumental (preocupado com as situações de direito material), despontando, entre outros: o tempo do processo, pois, quanto mais demorada a decisão judicial, mais beneficiado será o réu que não tem razão e maior será o prejuízo suportado pelo autor que a possui; ao lado disso, a constatação do surgimento de novos direitos (da personalidade, coletivos e difusos) demonstrará que a única forma de tutelá-los efetivamente é evitando que sejam lesados, atuando preventivamente.

Para tanto, é necessário que se repense alguns dogmas da Ciência Processual, que impedem a implementação de um processo efetivo e instrumental, voltado à real garantia dos direitos do autor que tem razão. É isso o que se pretende demonstrar nos próximos itens.

1.2) A TUTELA CONTRA AMEAÇA A DIREITO (RECTIUS, VOLTADA CONTRA O ILÍCITO)

O *processo civil clássico* está fortemente comprometido com os ideais do liberalismo. Tanto é assim que facilmente encontrar-se-á relação entre as premissas básicas desse movimento (entre outras, a igualdade formal, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*) e os rumos tomados pelo processo civil em sua fase autonomista (como antes visto, a neutralidade do juiz, a ordinarização, a separação entre função cognitiva e função executiva, o dogma da *nulla executio sine titulo* e ainda a tipicidade dos meios de execução). Some-se a isso o caráter eminentemente patrimonialista do direito liberal, e, sem maiores dificuldades, compreende-se a

processo é forma de tutela para o autor e para o réu, embora de formas distintas”. YARSHELL, Flávio Luiz.

“suposição [feita à época] de que os bens podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória, exatamente porque podem ser reduzidos a pecúnia”,¹⁶ tendo como consequência a universalização dessa forma de tutela, que encontra no binômio sentença condenatória/execução forçada seu expoente máximo.

Nesse contexto (do processo civil clássico), dificilmente abre-se oportunidade para a atuação de tutelas preventivas, uma vez que, como anota ARENHART, apoiado em RAPISARDA,

(...) era necessário, pois, dentro desta concepção, haver primeiramente a violação ao direito, para somente após isto, haver espaço para a intervenção da jurisdição. A função preventiva, dentro deste paradigma, era excluída da jurisdição, ‘porque a essa liga-se, em termos estruturais, a uma ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a comprimir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas’.¹⁷

Estavam aí contemplados todos os requisitos para a *confusão que se estabeleceu entre ilícito e dano*. Ora, se a tutela jurisdicional pode ser prestada pela via ressarcitória (com a sentença condenatória e sua posterior execução), fruto do entendimento de que todos os direitos podiam ser deduzidos em pecúnia, não há que falar em tutela preventiva e, muito menos, em tutela voltada meramente contra o ilícito. Justificava-se, portanto, ser a reparação do dano o principal (senão único) objeto da prestação jurisdicional.

Dessa forma, como se depreende da lição de MARINONI, “a confusão entre dano e ilícito é reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente

Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999, p. 189.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica** ..., p. 23.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 99.

protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento pelo equivalente do valor econômico da lesão”.¹⁸ Tal confusão agravou-se, ainda, tomando definitivamente contornos de “verdade”, por haver entre ilícito e dano uma contextualidade cronológica, ou seja, ser este o sintoma concreto daquele, o que dificulta a separação entre os dois institutos. Mais uma vez, MARINONI¹⁹ é quem chama a atenção para essa situação, ao afirmar: “(...) quando se diz que não há ilícito sem dano identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência e isto ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma”. E acrescenta, “a confusão entre ilícito e dano seria reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico”.

De todo modo, essa percepção passou ao largo dos ensinamentos da doutrina tradicional (especialmente a civilista) que, em sua maioria, não estabeleceu a necessária distinção entre ilícito e dano, o que resultou na *unificação entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil*. Basta analisar, mesmo superficialmente, a lição sobre o assunto de alguns desses doutrinadores, para perceber o que se está indicando: segundo BEVILAQUA, “todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado”; já para RODRIGUES, “poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem”; na lição de SILVA PEREIRA, “para o direito penal, o delito é fator de desequilíbrio social que justifica a repressão como meio de

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido”; por fim, para GOMES, “o ilícito civil somente adquire substantividade se é fato danoso”.²⁰

À época, a compreensão de que a conduta ilícita pode (e deve) ser objeto da prestação jurisdicional, independentemente da verificação do dano, ficou comprometida, pois ainda não haviam se fixado os chamados *novos direitos* (como os direitos autorais, do consumidor, à higidez do meio ambiente, à saúde da população), de cunho eminentemente não patrimonial, os quais podem restar violados apenas com a conduta ilícita; e mais, como regra, somente são efetivamente tutelados pela via preventiva, sendo deficitário o esquema tradicional formado pela sentença condenatória seguida do processo de execução.

Os exemplos servem para elucidar a questão. O fato de uma fábrica estar sendo construída (ou, simplesmente, já quando se intenta a expedição de licença para a sua construção) em lugar proibido pela legislação ambiental, é, por si só, uma situação digna de apreciação jurisdicional que, se comprovada, deve ser devidamente sancionada. E isso deverá acontecer independentemente da ocorrência de um dano (ou mesmo de sua probabilidade), seja na fase de licenciamento, da construção do empreendimento ou durante sua operação. Em suma, basta a comprovação da conduta ilícita (no caso, atitude contrária à legislação ambiental) para que a jurisdição esteja apta a atuar. Os exemplos multiplicam-se, envolvendo,

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 35

²⁰ A referência é de OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A natureza jurídica da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento à luz da classificação das tutelas aderentes ao direito material*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001, p. 8, nota 6.

entre outras áreas, a defesa da marca comercial, contra a concorrência desleal, da saúde da população, da imagem e da honra de uma pessoa ou das cláusulas abusivas em contratos firmados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, os quais não reproduziremos aqui apenas por limitações de espaço.

De todo modo, se a doutrina civilista clássica (fortemente comprometida com os ideais do liberalismo) não soube diferenciar tutela contra o ilícito e tutela contra o dano (agrupando as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil), o mesmo não ocorreu com o constituinte de 1.988. E nem poderia ser diferente numa Constituição que busca construir um Estado Democrático de Direito, estando a tutela contra o ilícito expressamente garantida pelo texto do artigo 5º, XXXV da Carta Magna, ao definir o *princípio da inafastabilidade* nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou *ameaça a direito*”. Como bem ressaltou MARINONI,²¹ a partir de uma análise do sistema constitucional, é possível afirmar que a inserção da locução *ameaça a direito* no conteúdo do princípio da inafastabilidade, teve por fim deixar claro que a tutela contra o ilícito está constitucionalmente garantida, sendo desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura de medidas judiciais com esse objetivo. Não obstante ser suficiente o preceito constitucional, é com base na redação do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, da nova letra do artigo 461 do Código de Processo Civil (conferida pela Lei 8.952/94) e da releitura do artigo 75 do Código Civil que encontraremos o embasamento legal para a aplicação da *tutela atípica*²²

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 47.

²² Falamos em “tutela atípica” voltada contra o ilícito porque, a partir dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC qualquer conduta ilícita, por si só, poderá ser repelida judicialmente. Não obstante isso, é importante trazer a informação de que, há muito, nosso ordenamento jurídico prevê formas típicas de tutelas contra o ilícito,

voltada contra o ilícito. Noutras palavras, a nova disciplina das obrigações de fazer e de não fazer (compreendidas em sentido amplo),²³ autorizando que o juiz ordene sob pena de multa ou, ainda, que este determine as medidas necessárias à efetivação da tutela (seja de forma antecipada, seja na prolação da sentença), abre caminho para a tutela voltada contra o ilícito, independentemente da ocorrência de um dano.

Importante salientar que essas tutelas terão, basicamente, quatro momentos de atuação, ou seja, podem destinar-se a evitar o surgimento, a continuação ou a repetição da conduta ilícita, mas estão aptas também a remover o ilícito já praticado. Em todas as quatro possibilidades, frise-se, não é necessária a existência (ou mesmo o receio) e, conseqüentemente, a comprovação de um dano. Noutras palavras, bastará que se prove a existência de uma conduta ilícita, ou que esta esteja na iminência de ser praticada, repetida ou que se prolongue no tempo para que, preventivamente ou através de sua remoção, atue a jurisdição, ordenando (sob pena de multa) que o agente da conduta não pratique (ou pratique, dependendo do caso concreto) determinada atitude, ou atuando ela mesma, independentemente da vontade do agente.

Além disso, o restabelecimento da distinção entre dano e ilícito traz, via de

como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular preventiva, o interdito proibitório e a nunciação de obra nova. Não é mera coincidência, enfatize-se, que esses instrumentos são voltados contra a prática de atos abusivos do poder público e para a defesa da propriedade, valores fervorosamente defendidos pela doutrina liberal.

²³ Ao falarmos em obrigação em sentido amplo, estamos postulando que também os direitos absolutos e de conteúdo não patrimonial estão incluídos nas tutelas *ex vi* artigo 461 do CPC e 84 do CDC. Clara é a explicação de Arenhart: “embora a norma refira-se a *obrigações*, ao que parece, autoriza ela também o uso deste procedimento para direitos não obrigacionais, tais como os direitos da personalidade. Assim deve ser considerado porque (...) o Código, e as demais leis processuais em geral, parte do pressuposto (equivocado) de que todo o direito, ao ser deduzido no processo, torna-se direito obrigacional. Tal é evidenciado pela constatação de que todos os direitos absolutos para os quais o código não preveja procedimento especial submetem-se aos termos do processo de execução [como no caso da ação de imissão de posse, na qual] o *devedor* é citado para satisfazer a *obrigação*, embora seja certo que a ação de imissão de posse caracteriza-se como, normalmente, fundada em direito real e não pessoal. Demonstra-se, assim, a ausência do compromisso

consequência, a compreensão de que ilicitude e responsabilidade civil são institutos distintos. Nesta constatação buscaremos elementos para a compreensão de mais uma característica das tutelas voltadas contra o ilícito: por prescindir da existência de um dano, não é necessário, para a sua concessão, a discussão sobre elementos que caracterizam a responsabilidade civil (dolo e culpa), pois “(...) tais elementos, em princípio, relacionam-se com a responsabilidade pelo dano”,²⁴ não sendo aplicável na prevenção ou na remoção do ilícito, já que estas tutelas não punem quem pode praticar (ou pratica) um ilícito, mas apenas removem do mundo dos fatos o ato *contra ius*, ou impedem que ele seja iniciado, repetido ou que se estenda no tempo.

1.3) A INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS SENTENÇAS

Com o exposto até o momento, podemos perceber que um processo efetivo somente será atingido se se levar em consideração as tutelas voltadas contra o ilícito (seja para prevenir a sua ocorrência, repetição ou continuação, seja para removê-lo). Contudo, dentro da concepção instrumentalista antes mencionada, de nada adiantaria a previsão dessas tutelas se o processo não dispuser de mecanismos aptos a garantir a defesa desses direitos no plano material. É com base nessa premissa que se constatará a insuficiência da classificação tradicional das sentenças, que divide os provimentos judiciais em meramente declaratórios, constitutivos e condenatórios.

Mais uma vez, mesmo que brevemente, retomamos as motivações históricas que conduziram a tal classificação. Em primeiro lugar, há

com que o Código trata o termo ‘obrigação’, pelo que nada obsta o uso do art. 461 para a tutela dos direitos da personalidade (...)”. ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.* p. 111.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 39.

(...) um aspecto político que não deve ser descurado. Se a classificação das sentenças chiovendianas tem relação com os valores do Código de Napoleão, não há como deixar de pôr em evidência as razões políticas que determinaram o delineamento da figura do juiz francês posterior à Revolução Francesa e a evidente relação entre este modelo de juiz [cuja função era apenas a de proferir as palavras contidas na lei], despido de poder e a classificação trinária das sentenças (...) [deixando-se ao juiz, em virtude da rigidez do princípio da tipicidade dos meios executivos] apenas a possibilidade de conferir ao lesado o equivalente em pecúnia ao valor do dano.²⁵

Expressão bastante clara desse raciocínio pode ser encontrada nos ensinamentos de LIEBMAN sobre a sentença condenatória, que salienta,

houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. (...) Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória.²⁶

Ocorre que, mesmo quando analisado sob o prisma dos direitos patrimoniais, esse sistema revela-se deficitário, pois o crédito do autor que tem razão somente será satisfeito após ser enfrentado um novo processo (de execução). Neste sentido, insuperáveis (pela trágica verdade que encerram) são as palavras de BATISTA DA SILVA:

formulemos ao autor de nossa demanda de indenização a indagação sobre o sentido prático da sentença por ele obtida e pela qual o juiz declarou o demandado responsável pelo ressarcimento de danos e o condenou a indenizá-lo. (...) A resposta a essa pergunta se torna mais drástica quando, ao invés de ser feita ao demandante, é formulada por este a seu advogado, a quem ele entregara o caso

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* ..., p. 36-37.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1980, p. 15.

esperando obter não um documento formal de reconhecimento de seu direito, mas a efetiva e concreta indenização dos danos sofridos. No plano da realidade forense, onde dominam os fatos a que as teorias se devem afeiçoar, não é fácil dar-se ao leigo que procura amparo jurisdicional uma explicação satisfatória da natureza e utilidade da sentença de condenação. Na perspectiva eminentemente pragmática em que as partes se colocam perante o processo, a sentença condenatória pouca coisa oferece além da declaração que ela contém sobre a existência do direito invocado pelo autor e dessa virtualidade especial de constituir-se em um novo título, para uma nova demanda subsequente.²⁷

A sentença condenatória revela-se ainda mais inadequada quando se estiver diante de litígios que envolvam os chamados novos direitos (de cunho não patrimonial). Isso porque a tutela efetiva desses direitos somente ocorrerá com a atuação preventiva (antes de ser lesado, combatendo-se mesmo a sua ameaça) o que se revela impossível através da sentença de condenação, que pressupõe a prévia violação de um direito. Exemplo típico ocorre nos casos de dano moral, que, se tiver sua tutela restringida à sentença condenatória, em última análise, jamais será tutelado, mas, tão-somente compensado (sempre imperfeitamente) por um valor em dinheiro.

E nem se diga que a sentença declaratória supre a necessidade de tutelar preventivamente tais direitos, pois se trata de mera exortação (mero convite) dirigida ao demandado para que pratique (ou deixe de praticar) determinada atitude, não tendo força para influir decisivamente na sua vontade ou, mesmo, para atuar independentemente dela.

Compreendido que há direitos insuscetíveis de serem (verdadeiramente) compensados monetariamente, quebra-se a espinha dorsal do sistema que concebeu

²⁷ SILVA, Ovídio Batista da. *Sentença e coisa julgada*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, p. 40-41.

a classificação trinária das sentenças, levando-nos à alarmante conclusão de que

na verdade, por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles [pois] (...) sabe o demandado que a única sanção que sofrerá, diante da prática de um ilícito, é a ressarcitória, o que lhe permite transformar, livremente, o direito do autor em tutela ressarcitória, que na maioria das vezes será prestada pelo equivalente em pecúnia.²⁸

Ao operador do direito preocupado com a efetividade do processo não bastam, por óbvio, provimentos judiciais que (na melhor das hipóteses) transformarão o direito do autor que tem razão em um montante em dinheiro. No caso de direitos sem expressão econômica, longe de haver propriamente tutela, esse mecanismo apenas compensa monetariamente (nem sempre a contento) a perda de um direito, mas nunca garante ao seu titular a sua preservação ou a continuidade de seu exercício. Urge, portanto, a necessidade de repensar a classificação das sentenças, conferindo ao juiz poderes mais amplos (libertando-o das amarras do liberalismo, que via no magistrado apenas “a boca da lei”), a fim de possibilitar que a efetivação de suas ordens ocorra no próprio processo em que foi proferida a sentença, independentemente de um processo subsequente. Imprescindível, então, que se evolua para a aceitação dos provimentos chamados “mandamentais” e “executivos *lato sensu*”, ao lado das sentenças da classificação tradicional.

PONTES DE MIRANDA quem esclarece do que se tratam:

na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência) nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica ...* p. 38 e 39.

Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito.²⁹

Em suma, na sentença condenatória, os mecanismos de sujeitação serão empregados num processo subsequente; na sentença executiva, há a imediata atuação dos meios de sujeitação; por fim, a sentença mandamental dirige uma ordem, cujo descumprimento caracteriza desobediência à autoridade estatal, podendo implicar a adoção de medidas coercitivas.³⁰

Há muito, nosso sistema tem conferido mandamentalidade (por exemplo, na sentença de procedência em mandado de segurança, no pagamento de alimentos sob pena de prisão, no *habeas corpus*) ou executividade (como nas ações de despejo, de reintegração de posse, de demarcação) para determinados provimentos. Contudo, até pouco tempo, essas hipóteses eram extremamente restritas, estando expressamente tipificadas no ordenamento. E, mesmo nos casos previstos, como ressaltou BATISTA DA SILVA, havia uma correlação “histórica” e “dogmática” entre *i)* obrigações propriamente ditas e condenação; *ii)* pretensões reais e obrigações lato sensu; *iii)* deveres não obrigacionais e mandamento.³¹ Contudo, embora úteis para a interpretação do sistema, tais critérios não estabelecem uma

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das Ações* (volume I). 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 211.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Relativas aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 194.

³¹ Eduardo Talamini, apoiado em Ovídio Batista da Silva, assim comenta as influências das razões “dogmáticas” e “históricas” para a determinação da natureza do provimento: “a eficácia condenatória seria moldada para a relação obrigacional e não para as pretensões reais. Não seria justificável o emprego da estrutura condenatória, seguida de subsequente processo executivo quando o bem já se encontrasse na própria esfera jurídica daquele que busca a sua entrega. Aponta o contra senso de ‘execução’ que recairia sobre bens do próprio *exequente*. (...) Por outro lado, ainda que se atribuísse, no plano processual, eficácia executiva a sentença relativa a direito obrigacional (...) mesmo assim tal provimento ‘conservaria sua natureza’ condenatória [pois] nesse caso, jamais teria força para alterar a ‘linha discriminativa’ das relações jurídicas de autor e réu – de modo que seria imprescindível o emprego do modelo executivo típico (...) sob pena de agressão à ‘esfera inviolável do demandado’”. TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p.197 e 198.

vinculação automática e essencial entre os direitos tuteláveis e as formas de tutela que se lhe aplicarão. Ou seja, cabe ao direito positivo tal determinação, sendo, portanto, concebível que o legislador desconsidere as razões “históricas” e “dogmáticas”. Como resultado, poderá ser atribuída a uma situação jurídica material uma tutela pouco eficiente (embora tal atitude seja criticável), ou, em sentido contrário, pode ser estendido o campo de incidência dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, a fim de tutelar mais adequadamente determinadas situações. É justamente nesse segundo sentido que surgem o artigo 461 do CPC e o artigo 84 do CDC, autorizando provimentos com eficácia mandamental e executiva *lato sensu* à totalidade dos direitos não obrigacionais (especialmente aos de conteúdo extrapatrimonial), além das obrigações em sentido estrito, abrindo espaço para a construção de uma tutela preventiva atípica e voltada contra o ilícito (como demonstrado no tópico anterior).³²

1.4) DIREITO PROCESSUAL E DIREITO MATERIAL: A NECESSÁRIA CONEXÃO

A atuação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, como se viu, é imprescindível para o aprimoramento do processo, pois, através delas, abandona-se a concepção repressiva de inatiz liberal, pela qual os direitos sempre poderiam ser transformados em valor monetário e, uma vez lesados, ressarcidos através da técnica condenatória seguida de processo de execução.

Contudo, a aceitação da classificação quínária, por si só, também não pode bastar ao processualista preocupado com a instrumentalidade e com a efetividade do processo. Isso porque, não é demais repetir, mais importante do que o provimento

³² TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 200.

judicial obtido ao final do processo é a repercussão no mundo real que este mesmo provimento poderá ocasionar. Nesse sentido, já que o processo deve ser visto como instrumento de atuação do direito material, não se pode olvidar que interessa menos ao autor a natureza da sentença proferida e mais o que poderá ser obtido por meio dela no mundo real. Portanto, se é missão do processo dar tempestivamente ao autor que tem razão tudo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, não há como dissociar efetividade do processo e os resultados fáticos que seus provimentos engendram. Reassume importância, dessa forma, a compreensão das noções de direito subjetivo, pretensão e ação de direito material.

O direito subjetivo material denota a correspondência de um bem a uma determinada pessoa (o que ocorre através da incidência da norma a certo suporte fático). Segundo ASSIS, “ele concede ao seu titular uma posição jurídica estática”, não implicando nenhuma espécie de atividade, sendo “perfeitamente admissível representar o direito subjetivo (material) através do verbo ‘ter’”.³³ Já a pretensão material, segundo o mesmo autor, seguindo PONTES DE MIRANDA, é o “poder de exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”, a partir do momento em que o direito subjetivo (material) torna-se exigível. Distingue as figuras do direito subjetivo, pretensão e ação materiais nos seguintes termos:

conquanto projeção de iniciativa, a pretensão constitui figura intercalar entre o direito subjetivo e a ação. Do direito subjetivo difere, porque existem direitos inexigíveis, ou seja, desprovidos de pretensão. E da ação se distingue a pretensão porque, na qualidade de potência, não importa, ainda, uma agir. Uma vez pretendendo, se afigura possível que o sujeito passivo cumpra, e, assim, torne inútil qualquer agir posterior. Por outro lado, há pretensão sem ação. Tudo somado, o verbo ‘querer’ representa,

³³ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3ª ed. São Paulo: São Paulo, 1998, p. 74.

perfeitamente, a pretensão [material].³⁴

Tomemos, por exemplo, um direito de crédito sujeito a termo. Existirá direito subjetivo (material) desde a efetuação do empréstimo, ou seja, desde logo, aquele que emprestou a quantia terá (eis o verbo *ter* que o caracteriza) direito a recebê-la de volta, de acordo com o combinado. Contudo, o credor somente poderá exigir – somente poderá *querer* que o acordado seja cumprido – retornando o dinheiro para seu patrimônio, uma vez constatado o termo. É a partir desse momento que surgirá a pretensão de direito material.

Todavia, sendo-lhe negada a satisfação espontânea da pretensão, abre-se caminho para o agir daquele que possui o direito de crédito – é a ação de direito material –, a qual despreza, “por inteiro, o comportamento do sujeito passivo, porque o agir se realiza contra e independentemente da sua vontade”.³⁵

Todo esse raciocínio continua plenamente válido, sendo fundamental para compreender o processo sob um prisma instrumental. Aquele que bate às portas do Judiciário, o faz por considerar-se titular de um direito subjetivo (material) que quer (pretensão de direito material) ver satisfeito. Apenas não age ele próprio, privadamente (ação de direito material), porque o Estado, por meio do monopólio da jurisdição, assumiu o compromisso de substituí-lo na tarefa de atingir a justa composição da lide, restando vedada a autotutela e, surgindo, a partir de então, direito subjetivo, pretensão e ação processual, exercida em face do próprio Estado.³⁶

³⁴ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 75.

³⁵ ASSIS, Araken de. *op. cit.*, p. 77.

³⁶ Anote-se, contudo, que as categorias de direito subjetivo, pretensão e ação processuais não possuem como destinatários apenas aqueles indivíduos que efetivamente são titulares de direitos materiais. Noutros termos, a garantia de acesso à Justiça é deferida a todos os que se consideram titulares de um direito subjetivo material exigível, cabendo ao Poder Judiciário, através do devido processo legal, verificar a real existência desse direito. Sustentar o contrário – ou seja, que apenas os titulares de direitos materiais poderiam ingressar em

Ora, por meio da jurisdição, o Estado está assumindo um sério compromisso, pois, definir um determinado direito sem disponibilizar mecanismos aptos a assegurá-lo é colocar em perigo a sua própria legitimidade.

Dispiciendo destacar que assegurar determinado direito transcende o plano processual, sendo que a comprovação de ter a jurisdição alcançado (ou não) seu desiderato, será realizada com base nas repercussões no mundo dos fatos ocasionadas pelo provimento judicial. De todo modo, resta demonstrado que um processo verdadeiramente preocupado com a efetividade não perde de vista a situação de direito material a ser tutelada, mais precisamente, sempre leva em consideração o que o autor *quer* ver realizado no plano material (pretensão de direito material), como destacou BATISTA DA SILVA:

se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados, para, só então, merecer tratamento jurisdicional, condenando-se seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório.³⁷ (sublinhou-se)

Continuando essa linha de raciocínio, revela-se necessário estabelecer uma distinção entre tutela jurisdicional propriamente dita e técnicas de tutela jurisdicional. Neste sentido, as sentenças (mandamental, condenatória, etc.) são

juízo – seria recair nos postulados da Teoria Concretista da Ação, com a qual, por óbvio, discordamos. Isso porque, como bem anotou Ovídio Batista da Silva, “(...) ao identificar a ‘ação’ processual como um novo direito *atribuído apenas ao titular do direito subjetivo* posto na demanda, para que este desencadeasse a atividade jurisdicional e realizasse a *condição necessária* para que o Estado aplicasse a ‘vontade da lei’ no caso concreto, deixavam sem explicação o fenômeno da *ação improcedente*, desde que, neste caso, o juiz teria prestado indiscutivelmente jurisdição, outorgando tutela jurídica através de sentença de mérito, sem, todavia, proteger o direito subjetivo de quem exercera ‘ação’”. SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil (volume I)**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95.

³⁷ SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil (volume I)**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 104.

apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Jamais será possível saber se os direitos estão sendo adequadamente tutelados com base, tão-somente, na espécie de sentença proferida, isso porque, “(...) estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, tais sentenças refletem apenas o modo (a técnica) através do qual o processo tutela os diversos casos conflitivos concretos”.³⁸

Já a tutela jurisdicional vai além, não se resumindo apenas na sentença, sendo “(...) verdadeiramente o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições de direito substancial (...)”.³⁹ É com base nessa concepção de tutela jurisdicional que MARINONI sustenta a necessidade da sistematização das suas diversas espécies, levando em consideração as situações de direito material (ou seja, não perdendo de vista o que o autor realmente *quer* – pretensão de direito material – e qual o resultado que obteria se pudesse atuar privadamente – ação de direito material), por isso mesmo adjetivadas como *aderentes ao direito material*. Nas palavras do processualista paranaense, “a tutela jurisdicional, se deve proporcionar a efetiva realização do direito material, deve ser classificada a partir do resultado prático almejado pelo autor ou da ação de direito material que visa a realizar”.⁴⁰ E assim arremata:

se as tutelas devem ser classificadas de acordo com a diversidade das ações de direito material que visam a realizar, a verdade é que muitos dos resultados obtidos no plano do direito material têm algo em comum (...) e

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* ..., p. 63.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 405. O autor ainda diferencia a tutela jurisdicional do que denomina “tutela material”, nos seguintes termos: “e tutela material somente é prestada quando o juiz reconhece a existência do direito afirmado pelo autor, a tutela jurisdicional independe de estar a alegação contida na inicial amparada pelo direito material; há tutela jurisdicional em caso de sentença favorável e em caso de sentença desfavorável ao autor” (p.400), com o que concordamos.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 407.

passarão a importar os pontos de confluência dos resultados do processo no plano do direito material, de modo que a partir deles se possa apresentar uma classificação das tutelas aderentes ao direito material.⁴¹

É justamente dentro deste contexto que se deve compreender a chamada tutela inibitória, cujas principais características serão analisadas no próximo ponto.

2) TUTELA INIBITÓRIA: UMA TUTELA ADERENTE AO DIREITO MATERIAL

Já se demonstrou a insuficiência da tutela repressiva (fundada em técnicas meramente indenizatórias) para a efetiva garantia de proteção dos direitos materiais (especialmente os de cunho não patrimonial). Do mesmo modo, diante de tudo até aqui exposto, também restou premente a necessidade de que seja disponibilizado um mecanismo de tutela jurisdicional verdadeiramente preventivo, de modo a evitar que a violação a direitos seja vetusamente admitida pelo ordenamento jurídico, na medida em que se concede ao sujeito de uma obrigação jurídica a opção entre cumpri-la espontaneamente ou simplesmente pagar (ao final de um moroso processo judicial!) pelo seu não adimplemento.

É justamente com esse intento que surge a denominada *tutela inibitória*, a qual atua preventivamente, de modo a evitar a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito. Uma vez apresentado o panorama que reclama a sua implementação, cabe agora, ainda que brevemente, discorrer sobre seus *i)* fundamentos, *ii)* seus pressupostos e *iii)* sua autonomia. Muitos desses elementos já foram anteriormente

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* ..., p. 409. O autor, assim como nós, acredita ser importante, para a construção de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material, considerar tanto a pretensão de direito material (aquilo que o demandante “almeja”) quanto à ação de direito material (da qual disporia caso não fosse obrigado a buscar a atividade jurisdicional). Contudo, expressamente, dá preferência a este instituto. Pensamos o contrário, com o que nos aproximamos de Ovídio Batista da Silva, conforme a citação supra; embora devam ser consideradas a pretensão e a ação materiais, o centro das atenções deverá

apresentados, por conta da exposição do atual panorama do processo civil brasileiro, sendo pertinente, entretanto, nesse momento, sistematizá-los, de modo a demonstrar a sua aplicação à tutela inibitória.

2.1) FUNDAMENTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

Em primeiro lugar, tratemos dos fundamentos da tutela inibitória. Nesse sentido, SPADONI aponta ser necessário identificar-se o fundamento *substancial* da tutela inibitória, para, somente após, chegar-se a seu fundamento *processual*. Isso porque, como bem salienta o mencionado autor:⁴² “(...) o processo não cria direitos: apenas os reconhece e os torna efetivos. (...) O direito à prevenção do ilícito, assim como o direito ao ressarcimento dos danos, deve preexistir ao juízo, para que nele possa ser declarado e realizado”; sendo que, por fundamento substancial, deve-se entender o “(...) direito do credor de exigir o *cumprimento específico* da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa a cargo do devedor”.

Tal discussão assume importância haja vista que, há até pouco tempo, o adimplemento na forma específica não era a regra em nosso ordenamento. Basta mencionar os arts. 881, 883 e 1.053 do CC que, em completa consonância com o princípio do *nemo praecise potest cogit ad factum*, apenas abriam ao credor da obrigação de fazer e de não fazer a possibilidade de pleitear o cumprimento da obrigação por terceiro, o desfazimento daquilo ilicitamente realizado, ou o ressarcimento por perdas e danos. Noutros termos, não se previa, pelo menos como regra genérica, a possibilidade de forçar o devedor ao cumprimento específico da

recair sobre aquela, pois o que realmente interessa é saber o que o autor pretende (quer), no plano material, ao movimentar a máquina judiciária.

⁴² SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

obrigação (através de meios coercitivos). O resultado dessa opção legislativa já foi exaustivamente analisado, ou seja, recaia-se na monetarização dos direitos, atribuindo-se, em última análise, um montante em dinheiro em troca do descumprimento de um dever legal ou contratual.

Este cenário, todavia, não mais prevalece. O marco para a transformação deste paradigma ocorreu por meio do art. 84 do CDC, tornando-se, posteriormente, regra de aplicação geral, por força da nova redação do art. 461 do CPC (determinada pela Lei 8.952/94). Este comando legal apresenta natureza mista, não se restringindo apenas ao campo processual, como esclarece NERY JR.

Agora, portanto, a regra do direito privado brasileiro – civil, comercial, do consumidor – quanto ao descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer é a da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos. Trata-se de regra mista, de *direito material* e de direito processual, inserida no CPC. Lei federal que é, o CPC pode conter normas de direito processual e de direito material. Assim como existem regras de direito processual no Código Civil (*e.g.* arts. 136, 178, 363, 366, 623, II, 1116, etc.), no Código de Processo Civil também há dispositivos reguladores de direito material (...) O caso do CPC 461 é um desses, já que nele existem regras materiais e processuais ao mesmo tempo.⁴³

A partir de então, inverte-se o raciocínio com relação ao cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, passando a haver prioridade *jurídica* para o seu cumprimento específico, restando à conversão em perdas e danos um papel residual. Diante desse novo contexto, como bem salienta SPADONI, “se é dada a possibilidade jurídica, ao titular de um direito, de usufruir *in natura* desse bem jurídico tutelado – e não apenas de um seu equivalente pecuniário – é consequência

⁴³ NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 910, nota 6.

dessa possibilidade uma outra, a de impedir o descumprimento da prestação devida, obstar a prática do ato ilícito que viola a integridade de seu direito, quando ameaçado”.⁴⁴

Em síntese, com o advento do art. 461 do CPC restou modificada a disciplina do cumprimento dos deveres legais e contratuais de fazer e de não fazer, assumindo feição de regra geral o adimplemento específico, o qual deve, sempre que possível e diante do caso concreto, prevalecer sobre a conversão em perdas e danos. Trata-se de verdadeiro *direito material* assegurado ao credor da obrigação, devendo-se-lhe garantir, via de consequência, a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre que o sujeito passivo da obrigação adotar condutas que coloquem em risco a possibilidade de sua fruição *in natura*. É nisto que reside o fundamento substancial da tutela inibitória.

Delineado o seu fundamento substancial, passa-se para a identificação do *fundamento processual* da tutela inibitória, este entendido como “(...) a base normativa, constitucional e infraconstitucional, que permite ao cidadão exercer a ação inibitória, possibilitando ao órgão jurisdicional, desenvolver um processo tendente à prolação de um provimento que tenha a potencialidade de prevenir a prática de um ato ilícito ameaçado”.⁴⁵

Já se apurou que a expressão *tutela jurisdicional* não deve ser entendida meramente como a resposta dada pelo Poder Judiciário às lides que lhe são submetidas. Longe disso, somente haverá que se falar propriamente em tutela jurisdicional na medida em que a atuação do Poder Judiciário se demonstrar

⁴⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.* p. 42.

⁴⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.* p. 43.

realmente tempestiva e adequada ao intento de assegurar o exercício de determinado direito material. De plano, afastou-se a noção – antes predominante – de que a tutela jurisdicional tempestiva e adequada poderia ser prestada através de mecanismos processuais puramente repressivos, voltados contra o dano e fincados na idéia de ressarcimento de perdas econômicas (disciplinado pelo esquema sentença condenatória/execução forçada).

É justamente na busca de provimentos judiciais tempestivos e adequados que surge a configuração atual do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, contemplado no art. 5º, XXXV de nossa Carta Magna. Tal comando legal, ao determinar que é função do Poder Judiciário analisar e tutelar situações em que se verifique ameaça de violação a direitos, está, em última análise, consagrando em nosso sistema um *princípio geral de tutela preventiva*. Apenas reafirme-se o entendimento de que tal princípio está apto a atuar contra a ameaça da prática de um *ilícito*, sob pena de recair-se novamente na inaceitável confusão entre as figuras do ilícito e do dano.

Diante desse cenário, portanto, chega-se à conclusão de que a própria inafastabilidade da jurisdição (e o princípio geral da tutela preventiva, dela decorrente) é o fundamento processual da tutela inibitória em nível constitucional. Esposando tal entendimento, MARINONI defende que “é possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”.⁴⁶

No plano infraconstitucional, ao seu turno, o fundamento processual da

tutela inibitória pode ser haurido dos comandos legais insculpidos nos arts. 461 do CPC (norma de natureza mista, como antes visto), ao possibilitarem que o magistrado maneje provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* para, respectivamente, compelir o sujeito passivo ou mesmo substituir-lhe no cumprimento específico de uma obrigação de fazer ou de não fazer. Tal fundamento (processual) também pode ser encontrado na nova redação do art. 644 do CPC (conferida pela Lei 10.444/02) que, em completa harmonia com as características inerentes à tutela preventiva do ilícito através do cumprimento forçado das obrigações de fazer e de não fazer, praticamente abole os anacrônicos mecanismos de execução até então vigorantes no Livro II, Título II, Capítulo III do CPC.

Em suma, o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer na forma específica (fruição *in natura*) revela-se verdadeira regra geral em nosso ordenamento jurídico, constituindo direito material do sujeito ativo da relação jurídica. Para a garantia do exercício deste direito, abre-se a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário já nos casos em que se verificar uma situação em que haja a ameaça de sua lesão. Com base nesses fundamentos, a tutela inibitória – voltada contra a consumação, repetição ou continuação do ilícito – revela-se a “ação” própria para a garantia de provimentos jurisdicionais tempestivos e adequados ao intento de garantir o efetivo exercício daquele que tem direito (material) ao cumprimento de certa obrigação de fazer e de não fazer na forma específica.

2.2) PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

Antes de identificarmos quais são os seus pressupostos, não é demais

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória ...* p. 67.

reafirmar o alerta no sentido de que a concessão de tutela inibitória (seja em provimento final ou liminar) não está conectada à verificação de um dano no caso concreto. É dizer, para a concessão (liminar ou definitiva) da tutela inibitória é irrelevante a demonstração da ocorrência de um dano (ou mesmo da ameaça de que este venha a ocorrer). Isso porque a tutela inibitória volta-se contra o ilícito, estando apta a atuar preventivamente (seja para evitar a formação, continuação ou repetição de violação a direito). Ora, conforme já se demonstrou, dano e ilícito são figuras distintas, sendo que o ordenamento processual pátrio confere a possibilidade de se tutelar autonomamente cada uma delas. Assim sendo, condicionar o cabimento da tutela inibitória à demonstração de risco ou ocorrência de dano seria exigir pressuposto que em nada se relaciona com os objetivos dessa espécie de tutela.⁴⁷

Essas anotações preliminares já deixam transparecer quais são os verdadeiros pressupostos da tutela inibitória. Ou seja, na medida em que se compreende que esse instrumento processual volta-se para o futuro, atuando de modo preventivo à violação de um direito, independentemente da verificação do resultado danoso, pode-se concluir que para a concessão de tutela inibitória basta a

⁴⁷ Anote-se que compreender a distinção entre as figuras do dano e do ilícito é de fundamental importância para correta utilização da tutela atípica preventiva do ilícito. Ocorre que, muito embora ainda sejam insipientes os precedentes que tratam da matéria, pode-se notar uma certa tendência de que os Tribunais pátrios – equivocadamente – achem a necessidade de que seja comprovado o risco da ocorrência de dano para que se conceda um provimento inibitório (ainda que em sede liminar). Cite-se, a título de exemplo do que se está afirmando, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná no Agravo de Instrumento nº 199602 (publicada no DJ de 20/05/2002), no qual se pleiteava tutela inibitória antecipada visando a evitar que futuras edições de um livro mantivessem as menções tidas por ofensivas à honra e à imagem de determinada pessoa. Ao lavrar o seu voto, o eminente Relator do recurso afirma ser a tutela inibitória “(...) providência [que] se destina à tutela preventiva do direito”, além de aduzir que “não é necessária a certeza de que o ilícito seja praticado; basta a probabilidade de que o ilícito possa ser praticado (...)”. Até esse momento, nada a reparar no d. voto. Contudo, ao justificar a necessidade de concessão da tutela inibitória antecipada, o eminente relator (agora, *data venia*, de forma equivocada) sustenta que “(...) ante a probabilidade de dano nas futuras edições, é de se conceder o pedido no sentido de coibir os agravados de fazer publicar ou mencionar o nome do citado professor ou de membro de sua família de forma difamatória, em eventuais edições futuras da obra citada”. Ora, ao justificar a concessão da tutela inibitória antecipada na constatação de risco do dano que futuras edições do livro possa acarretar, houve, em última análise, o posicionamento no sentido de que a

demonstração de que uma conduta ilícita esteja em vias de ser consumada, repetida ou continuada no tempo. Noutros termos, são pressupostos da tutela inibitória a *ilicitude* de certa conduta (omissiva ou comissiva) e a *ameaça* de que ela seja praticada.

Com relação ao primeiro desses pressupostos (*ilicitude*), deve-se enfatizar que não é necessária a demonstração de que o agente causador da conduta ilícita esteja agindo culposamente. Isso porque, como já se demonstrou, o elemento subjetivo (culpa e dolo) guarda relação com a responsabilidade civil de reparar e ressarcir um dano injuridicamente provocado, o que, por si só, afasta a sua exigência nas ações voltadas contra o ilícito.⁴⁸ De mais a mais, como bem salienta RAPISARDA, “a ação inibitória, como se disse, volta-se para o futuro e assim fica excluída a possibilidade objetiva de valorar previamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro sobre o qual é destinado a incidir o provimento final de tutela”.⁴⁹

Ademais, a demonstração do preenchimento do pressuposto *ilicitude* para a concessão da tutela inibitória também resta sobremaneira facilitado posto tratar-se de questão que – via de regra – versa exclusivamente sobre matéria de direito, prescindindo, no mais das vezes, de dilação probatória. Sobre o assunto, eis a lição de MARINONI e ARENHART:

tutela preventiva de direitos reclama a demonstração de risco ou ocorrência de resultado danoso, confundindo-se as figuras do dano e do ilícito.

⁴⁸ Note-se que descabe, inclusive, a discussão sobre a opção do ordenamento jurídico entre a adoção da Teoria Objetiva (que prescinde da culpa) ou da Teoria Subjetiva (tendo a atitude culposa como um de seus pressupostos). Isso porque tais teorias dizem respeito aos critérios de responsabilização civil (pela perpetração de um dano), não se dirigindo à tutela preventiva do ilícito.

⁴⁹ SANSSON, Cristina Rapiarda. *Inibitória (Digesto delle discipline privatistiche)*. v. IX, 1993, p. 479. Citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentário ao Código de Processo Civil – vol. 5, tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

(...) a noção de licitude ou não de certa conduta é juízo de valor, que depende, via de regra, da mera comparação do ato descrito com o ordenamento jurídico. Vale dizer, o conceito de ilicitude de uma dada conduta se extrai da sua comparação (ainda que hipotética) com as regras existentes no ordenamento jurídico – as quais qualificam as condutas como lícitas ou ilícitas. Por esta razão, a noção de ilicitude da conduta, normalmente, não dependerá de prova, reduzindo-se, no mais das vezes, à análise de uma questão de direito (que, como cediço, não depende de prova).⁵⁰

Por outro lado, maiores dificuldades se enfrentarão quando se pretende analisar, diante de cada caso concreto, o preenchimento do outro requisito necessário à concessão da tutela inibitória, qual seja, a *ameaça* de que a conduta ilícita seja praticada. Noutros termos, a comprovação da ameaça de lesão a direito, ao contrário do que se verifica com a demonstração da ilicitude da conduta, não comporta uma resposta previa e definitiva do ordenamento jurídico, ficando a depender do sopesamento de diversas peculiaridades que se apresentam perante a situação fática levada à apreciação judicial. As consequências desse fenômeno foram brilhantemente apontadas por ARENHART:

de um lado, a excessiva tolerância com o requisito da ameaça conduzirá à expansão desmesurada da tutela inibitória, que passará a servir como paliativo para a mínima eficácia social das leis em geral, verificada em nossa sociedade, conduzindo à desfiguração do instituto. De outro lado, a exigência de demonstração irretorquível da ameaça poderá conduzir à necessidade de prova impossível, frustrando todas as expectativas da tutela preventiva.⁵¹

A solução desse impasse talvez perpassasse pela aplicação analógica do entendimento que vigora em relação à demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas típicas, há muito disciplinadas em nosso ordenamento (tais como

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ...* p. 113.

o mandado de segurança preventivo e o interdito proibitório). Dentro desse contexto, para que se considere satisfeito tal pressuposto que autoriza a concessão da tutela inibitória (atípica), o requisito *ameaça* de lesão a direito deve ser analisado, tanto quanto possível, sob um prisma objetivo, não bastando um temor subjetivo de que a conduta tida por ilícita seja praticada.

Contudo, mesmo a definição do que seja *ameaça objetiva* é algo complexo. De todo modo, objetivamente considerado, pode-se afirmar que o pressuposto *ameaça* restará demonstrado quando o temor de que a conduta ilícita a ser praticada (repetida ou continuada) for *real* (traduzida por atos e fatos, e não por meras suposições) e *atual* (sendo justificável no momento em que se pleiteia a tutela, em nada socorrendo a demonstração de que outrora houve o risco da ocorrência da conduta lesiva a direito).

Tal entendimento, aliás, encontra respaldo na jurisprudência pátria, já tendo decidido o STJ que “(...) na segurança preventiva, compete ao impetrante indicar a situação de fato (decisão administrativa) ou providência concreta executada pela Administração que importe em ameaças a seu direito líquido e certo, considerando-se impróprias, para forcejar o cabimento do *mandamus*, meras suposições unilaterais do autor”.⁵²

Ora, quando se pretende a concessão de tutela inibitória tendente a obstar a continuação ou a repetição do comportamento ilícito, a verificação da ameaça da conduta que viola direitos resta facilitada, na medida em que a simples ocorrência pretérita de tal ilicitude já indica, no mais das vezes, com razoável grau de

⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da Vida ...** p. 132.

⁵² STJ, RESP 102443/RS, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 16/12/1996.

concreção, o risco (*rectius*, ameaça) de que tal ação (ou omissão) seja repetida ou se estenda no tempo. Maiores dificuldades, porém, serão enfrentadas quando se estiver diante de um caso de tutela inibitória *tout court*, ou seja, que visa à prevenção do ilícito antes mesmo de sua primeira ocorrência. Sobre o assunto, cabe trazer à colação as lições de FRIGNANI, citado por MARINONI e ARENHART:

problema um pouco mais delicado é a possibilidade de se invocar a inibitória quando a atividade ilícita ainda não haja ocorrido; quando pois a conduta não se tenha aperfeiçoado, mas foram postos em prática apenas preparativos para o cometimento futuro. A nosso ver, a peculiaridade desta hipótese, em relação àquela precedentemente examinada, consiste no fato de que aqui a prova do perigo de cometimento de um ilícito é mais difícil, já que é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* da idoneidade dos meios empregados nos atos da perpetração do ilícito. Todavia, uma vez que se tenha como certa tal idoneidade e univocidade, não há dúvida de que o juiz possa emanar uma ordem inibitória.⁵³

O cerne da controvérsia, portanto, reside justamente na *prova* da objetiva ameaça de que a conduta ilícita esteja na iminência de ser praticada (repetida ou continuada). Uma vez mais, a questão foi bem delimitada pelo professor ARENHART: “o caminho, aqui, abre-se em duas alternativas. Ou se mantém indene a exigência da prova da ameaça, correndo o risco de inviabilizar a proteção preventiva ao direito aqui examinado; ou, ao revés, se dispensa esta prova, tornando a presente ação praticamente isenta de necessidade probatória, e autorizando a solução imediata da controvérsia”.⁵⁴

Ora, não se pode olvidar que o direito probatório também sofreu influência da visão tradicional do processo civil – fundado, como visto, nas tutelas repressivas

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC ...* p. 122.

⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela Inibitória da Vida ...* p. 143.

e ressarcitórias – na medida em que se considerava terem as provas apresentadas em juízo a função de reconstituir (tal e qual ocorreram) os fatos relevantes ao deslinde da controvérsia. Assim sendo, supunha-se que a avaliação das provas judiciais levariam inexoravelmente o juiz ao encontro da *verdade* (absoluta) em relação aos fatos apresentados na demanda e, por conseguinte, autorizariam o magistrado a dizer o direito (em última análise, o tornariam apto a decidir se houve ou não pretérita transgressão ao direito do autor e, em caso afirmativo, qual sanção deveria ser impelida ao réu).⁵⁵

Ocorre que adotar tal concepção de prova à exigência de demonstração da ameaça de que a conduta ilícita seja praticada (pressuposto da tutela inibitória) é, em última análise, obstar a utilização da própria tutela preventiva. Isso porque, conio tal espécie de tutela volta-se para o futuro (prevenindo a consumação, repetição ou continuação do ilícito), condicionar a concessão da tutela inibitória à apresentação de elementos probatórios capazes de revelar a *verdade* e a *certeza* absoluta com relação aos fatos (ilícitos) futuros seria relegá-la à inefetividade, na medida em que se estaria exigindo, não raramente, a produção de *prova impossível*.

Talvez motivado por situações como a ora analisada, BATISTA DA SILVA esclarece que “(...) verifica-se uma crescente tendência a considerar a provar judiciária como demonstração da *verossimilhança da existência de uma dada*

⁵⁵ Como asseveram Marinoni e Arenhart: “(...) nota-se que a idéia (ou ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também lhe serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 278.

realidade (...).⁵⁶ De mais a mais, continua o mesmo autor, “(...) seria uma pura e pretensiosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”,⁵⁷ posto que elementos estranhos ao objeto analisado inevitavelmente influenciarão as conclusões obtidas (notadamente elementos subjetivos, ligados às convicções e características pessoais do juiz).

Diante desse cenário, é imperioso aceitar que “(...) verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do *consenso discursivo*”,⁵⁸ compreendido este como a síntese a que chega o juiz ante os argumentos colacionados pelas partes no transcorrer do *diálogo* processual instaurado pelo contraditório (inclusive através de meios de prova), num processo eminentemente dialético.

Como consequência dessa nova compreensão em relação à certeza e à verdade que se atingem por meio do processo, resta modificada a própria definição de prova judicial, devendo esta ser compreendida como “(...) *todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*”.⁵⁹

⁵⁶ SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil – Vol. I.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 338.

⁵⁷ SILVA, Ovídio Batista da. *Op. cit.* p. 339.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento ...** p. 285. Um pouco antes na mesma obra (fls. 84), porém, os autores asseveram que, não obstante ser uma meta utópica, a busca da verdade no discurso jurídico possui importante função, na medida em que “(...) constitui ela uma das pretensões de validade que autoriza o discurso. Se acaso os sujeitos processuais não acreditassem que a verdade tem função no processo, não haveria motivo para a celebração do processo; este tornar-se-ia mera sucessão de atos, sem nenhum objetivo útil. A busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação”.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento ...** p. 292.

Essa nova concepção do direito probatório nos indica quais os critérios a serem adotados para a verificação do preenchimento do pressuposto *ameaça de violação a direito* no caso concreto. É dizer, na medida em que se compreende que “(...) a prova não se destina a provar fatos, mas sim *afirmações de fato* (...)”,⁶⁰ resta claro que a tutela inibitória deve ser concedida sempre que os elementos levados ao conhecimento do juiz se revelarem suficientes para convencê-lo de que existe a *ameaça de violação a direito* (sem que seja exigida a demonstração pretensamente certa e irrefutável de que a conduta lesiva de fato ocorrerá, sob pena de se exigir a produção de prova impossível).⁶¹

2.3) AUTONOMIA DA TUTELA INIBITÓRIA

Uma vez dissecados os fundamentos e os pressupostos da tutela preventiva do ilícito, é necessário, ainda que brevemente, estabelecer a distinção entre a tutela inibitória e outras espécies de tutela (tais como a declaratória, a cautelar, e a condenatória para o futuro).

De início, cabe salientar que a ação declaratória – a qual se assenta no desejo de não ingerência do Estado na vida dos cidadãos – não se revela apropriada para a tutela preventiva de ilícitos, na medida em que apenas certifica a existência de um dado direito material sem, contudo, garantir meios eficazes para a sua proteção. Assim sendo, a ação meramente declaratória não pode ser confundida com a tutela inibitória, posto que esta dispõe de mecanismos aptos a efetivamente

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento ...** p. 293.

⁶¹ Saliente-se que, em casos como tais, o manuseio a tutela inibitória antecipada revela-se de extrema utilidade. Mesmo assim, cabe indagar: como saber se a não perpetração da conduta (ou omissão) ilícita decorreram do manuseio da ação inibitória, ou, se, realmente, o réu da demanda não iria praticá-la (independentemente da propositura da ação e dos meios coercitivos que ela pode impor)? A resposta a esse

prevenir a ocorrência, repetição ou continuação de um ilícito, seja através de meios coercitivos (disponibilizados pelos provimentos mandamentais), ou mesmo com a adoção de medidas que prescindam da vontade do réu (o que se atinge através dos provimentos executivos *lato sensu*).

Do mesmo modo, a tutela inibitória não deve ser confundida com a tutela cautelar, uma vez que esta apresenta inerente à sua natureza a nota da *referibilidade*.⁶² De mais a mais, a tutela cautelar não se volta à satisfação de um direito material das partes, tendo como objetivo apenas a conservação de determinado bem da vida e, por conseguinte, a garantia de eficácia do processo principal (decorrendo daí o seu caráter instrumental).⁶³ De outro lado, ao final de um processo em que se pleiteia um provimento inibitório chega-se a uma decisão revestida pela característica da satisfatividade, já que se visa à tutela do próprio direito material, não havendo, portanto, que se fazer referência à necessidade de outra ação, subsequente, tida como principal.⁶⁴

questionamento ainda não se encontra em nossos textos legislativos, merecendo, contudo, menção a proposta de *lege ferenda* formulada por ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da Vida ...** p. 144, nota 102.

⁶² Sobre esta noção, assim se posiciona Marinoni: “na tutela cautelar, de fato, há sempre referibilidade a um direito acautelado. (...) A falta de referibilidade, como se vê, é evidência da inexistência de cautelaridade. Na tutela satisfativa inexistente referibilidade a um direito acautelado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96 e 98. Observe-se, contudo, que a noção de referibilidade não conduz, como parece a alguns, à conclusão de que a tutela cautelar é intrinsecamente dependente da tutela definitiva. Noutros termos, como sustenta Marinoni (apoiado em Ovídio Batista da Silva), existem provimentos cautelares autônomos.

⁶³ Dizer que a tutela cautelar é completamente avessa à idéia de satisfatividade, porém, não pode ser tida como uma afirmação inatacável. O que se deve ter em mente, isso sim, é o fato de que não é a tutela cautelar o meio adequado para a satisfação do direito material. Sobre o tema, esclarecedoras são as palavras de Sérgio Arenhart: “(...) A pretensão à segurança limita-se a preservar a integridade do bem jurídico objeto do direito subjetivo, e por isto, pode-se dizer que satisfaz apenas a necessidade específica, sentida pelo titular do direito, à proteção sem que disso possa resultar algum benefício próprio, que já não estivesse na esfera daquele titular”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2002, p. 38, nota 61.

⁶⁴ Saliente-se, porém, que a tutela cautelar, antes da compreensão da autonomia da tutela preventiva do ilícito e diante da ausência de mecanismos processuais adequados para tanto, foi amplamente utilizada com escopo preventivo. Sobre o tema, eis os esclarecimentos de Marinoni: “a ação cautelar – que em tese teria apenas cognição sumária – acabava sendo concebida como uma verdadeira ação preventiva. Esta ação cautelar não tinha qualquer relação instrumental com a ação de reparação de danos. Tal ação não visava a acautelar nenhum direito que estava sendo discutido na ação ressarcitória, até mesmo porque a única coisa que se

Por fim, deve-se salientar que a tutela inibitória difere também da chamada condenação para o futuro. Como a própria nomenclatura deixa transparecer, muito embora dirija-se para o futuro, tal espécie de condenação pode ser enquadrada como uma forma de tutela ressarcitória, na medida em que objetiva a constituição, desde logo, de um título executivo, o qual poderá ser utilizado (como instrumento para a reparação de eventuais danos) no caso de descumprimento de obrigações vincendas. Assim sendo, confundir a tutela inibitória com a condenação para o futuro seria, em última análise, baralhar as figuras do dano e do ilícito, o que, como visto, não pode ser admitido.

A distinção em relação a outras espécies de tutela revela, portanto, a *autonomia* da tutela inibitória, podendo-se retirar dessa conclusão importantes conseqüências: *i)* trata-se de ação de cognição plena e exauriente, ou seja, submete-se a um “(...) procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição”⁶⁵; *ii)* não faz referência à outro processo, haja vista que busca a prevenção de um direito material, sendo, portanto, espécie de tutela satisfativa; *iii)* abre-se-lhe a possibilidade de concessão de tutela antecipada, a fim de, diante da demonstração de certos pressupostos, deferir-se desde logo ao autor aquilo que se obteria com o julgamento final de procedência.⁶⁶⁻⁶⁷

poderia acautelar – na ação ressarcitória – seria o direito de crédito relativo ao dano”, gerando uma duplicação de procedimentos, posto que a ação principal, no mais das vezes, era proposta sem nenhuma utilidade. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** ... p. 50.

⁶⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000, p. 113.

⁶⁶ Embora de suma importância para a efetividade da tutela preventiva do ilícito, optou-se (sob pena de se extrapolar os objetivos desse trabalho) por não aprofundar nesse momento a análise da tutela inibitória antecipada. De todo modo, cabe salientar as palavras de Marinoni quanto a sua função: “é preciso observar, porém, que a tutela inibitória sumária responde a um direito material à prevenção. Ora, se não é o direito processual que outorga ao autor o direito à prevenção, não há como negar que a tutela inibitória sumária satisfaz, antecipadamente, o direito material à prevenção. Da mesma forma que a tutela antecipatória de

2.4) TUTELA INIBITÓRIA E OUTRAS TUTELAS ADERENTES AO DIREITO MATERIAL

Todo o esforço enveredado até o momento, procurando delinear as principais características da tutela inibitória, apenas possui sentido se direcionado à definição do papel que esta espécie de tutela deve preencher no sistema processual. Ora, conforme já se destacou, o sistema processual deve ser analisado com vistas a assegurar aos cidadãos o efetivo exercício dos direitos (materiais) preconizados pelo ordenamento jurídico, o que reclama a (re)aproximação do direito processual ao direito material.

Seguindo essa linha de raciocínio, também já foi destacado que a tradicional classificação das ações (seja a trinária, ou mesmo a quínária) não está apta a responder de forma efetiva às necessidades de direito material, posto conter apenas as técnicas processuais através das quais o Estado-Juiz atuará; o que, por si só, é insuficiente para delimitar o resultado do processo no plano material.⁶⁸

Assim sendo, revela-se necessária a construção de uma nova classificação das tutelas, agora

(...) pensada sob o prisma das peculiaridades diferenciadas da realidade jurídica a ser atendida. Assim, consubstanciada a preocupação do processo com o direito material, que procura adequar-se a este para bem cumprir suas funções. Além de preocupar-se, então, com o tipo de provimento conferido, vai buscar adequar toda a estrutura

pagamento de soma realiza antecipadamente o direito material do autor, a tutela inibitória sumária – que na realidade é tutela inibitória antecipada – satisfaz por antecipação o direito do autor”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória ...** p. 202.

⁶⁷ Buscando critérios de distinção entre as tutelas cautelar, antecipada e inibitória, Marinoni assim se manifesta: “há tutelas que dão ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias. A tutela cautelar apenas assegura a possibilidade da realização efetiva do direito. (...) Na tutela inibitória o direito está sendo exercido (não foi ainda lesado), mas precisa ser prevenido; na tutela cautelar o direito não pode ser exercido desde logo e, portanto, precisa ser assegurado para que possa, futuramente, ser efetivamente realizado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação ...** p. 111.

⁶⁸ Sobre o tema, vide o Item 2.4 deste trabalho.

do processo ao direito material, seja considerando os pressupostos processuais (como a legitimidade e a competência para a ação), seja estabelecendo a forma de realização do direito mais adequada para o caso específico.⁶⁹

Apreciar, ainda que brevemente, os contornos dessa classificação das *tutelas aderentes ao direito material* (e o enquadramento da ação inibitória nesta) é o que se passará a fazer. Diga-se, desde logo, que tal análise se revela fundamental para os objetivos deste trabalho, na medida em que o estudo da cumulação de pedidos envolvendo a tutela inibitória se fará com base nessa classificação.

Foi MARINONI quem, de forma brilhante e pioneira, iniciou a discussão desse tema na doutrina brasileira, conferindo a essa nova forma de classificar as espécies de tutela jurisdicional dos direitos a adjetivação de *aderentes ao direito material*. Sua construção doutrinária parte do pressuposto de que “(...) é importante observar que a postura de classificar as tutelas a partir do efeito jurídico declarado não responde às exigências de efetividade do ‘processo’”.⁷⁰ O mesmo autor, por fim, arremata: “parece correto dizer que as tutelas, em uma classificação que tome em consideração as relações do processo com o direito material, devem ser definidas à luz da ação de direito material que a própria tutela jurisdicional tem a incumbência de realizar”,⁷¹ ou seja, deve-se ter em mira o resultado provocado pelo provimento judicial no plano material.

Dando continuidade nos estudos sobre o tema, o também processualista paranaense ARENHART, em obra recentíssima, menciona a importância da compreensão (e da distinção) das figuras do dano e do ilícito como ponto de partida

⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória coletiva ...* p. 92.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória ...* p. 404.

para a construção dessa nova classificação:

Estabelecida a distinção entre ilícito e dano, e fixadas as premissas para a tutela de uma e de outra situação, é possível concluir que ambas as figuras merecem tutelas específicas, que se amoldam a pressupostos próprios e conduzem a meios de proteção diferenciados. Note-se, de pronto, que esta classificação está, como parece ser intuitivo, calcada na dimensão da *cognição judicial*, fundamentalmente na necessidade ou não de se cogitar da figura do dano para autorizar a incidência da proteção jurisdicional.⁷²

Diante desse cenário, ou seja, levando-se em consideração a atividade cognitiva do juiz, é imperioso concluir que deverão existir espécies de tutelas diferenciadas e autônomas, na medida em que diferenciados e autônomos também são os objetos que se procuram tutelar (ou, noutros termos, diversos são os direitos materiais a serem assegurados e, pois, os objetivos que se pretende atingir quando se bate às portas do Poder Judiciário). Assim sendo, uma classificação das tutelas ligada ao direito material poderia ser subdividida da seguinte forma: *i)* tutela preventiva do ilícito; *ii)* tutela repressiva do ilícito; *iii)* tutela preventiva do dano; *iv)* tutela repressiva do dano.⁷³⁻⁷⁴

A tutela inibitória, como exaustivamente se vem demonstrando, insere-se na

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória ...** p. 406.

⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva ...** p. 110.

⁷³ O tema concernente à classificação das tutelas aderentes ao direito material é deveras complexo, não comportando análise minuciosa nesse trabalho. Portanto, o delineamento dessa nova classificação das tutelas jurisdicionais de direitos que aqui se procede será realizado nos estritos limites do necessário para que se atinja aos objetivos desse trabalho, qual seja, analisar a cumulação de pedidos entre tutelas voltadas contra o ilícito e as tutelas voltadas contra o dano.

⁷⁴ Vale aqui o alerta de Sérgio Arenhart, no sentido de que: “esta nova classificação tem por escopo, exclusivamente, lidar com as tutelas de prestação, desconsideradas aquelas que atuam apenas no plano normativo. Vale dizer que essas classes propostas consideram apenas as providências que visam a operar no plano fático, sem tomar em conta aquelas outras, destinadas, principalmente, à certificação jurídica ou à alteração das relações jurídicas no plano normativo”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva ...** p. 111. Ou seja, pelo menos a princípio, não estão abarcados nessa classificação as tutelas derivadas de provimentos declaratórios e constitutivos (muito embora não se lhes negue, por óbvio, existência). Contudo, para os objetivos desse trabalho, interessará o estudo da cumulação de pedidos envolvendo as tutelas de prestação, aptas a promoverem alteração no plano fático.

primeira categoria, ou seja, trata-se de *tutela preventiva do ilícito*. Tal espécie de tutela atuará *a priori*, seja para evitar a ocorrência, seja para obstar a repetição do ilícito. Cabe salientar, ainda, que a tutela inibitória (fundada no art. 461 do CPC), para atingir seu desiderato, poderá se utilizar de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, posto que “(...) não é, com efeito, exclusivamente com base na espécie de provimento que se deve estabelecer a distinção entre as tutelas, mas sim na totalidade de procedimentos e dos mecanismos utilizados para proteção do direito (...)”,⁷⁵ o que encontra relação com a atividade cognitiva do juiz e não, propriamente, com a técnica processual por ele utilizada.

Já a *tutela repressiva do ilícito* terá como objetivo precípuo a supressão de um ilícito já praticado (ou de suas conseqüências), sendo denominada de *tutela reintegratória*. Também nessa espécie de tutela a atividade cognitiva do juiz limita-se à verificação da ocorrência de um ilícito, não estando entre os seus pressupostos a constatação do dano.

Dificuldades poderão ser encontradas especialmente quando se buscar o Judiciário para combater um ilícito continuado, ou seja, que se estende no tempo. Diante de uma dessas situações, caberia indagar: trata-se de tutela preventiva, na medida em que previne a continuação do ilícito, ou se está diante de uma forma de tutela repressiva, posto que o ilícito deverá ser suprimido? Certamente se está diante

⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva ...** p. 124. Nesse passo, o mencionado autor discorda da posição adotada por Marinoni, o qual propugna a cisão das tutelas preventivas do ilícito em duas espécies: a tutela inibitória, a qual se valeria apenas de provimentos mandamentais; e a tutela preventiva executiva, a qual atuaria através de provimentos executivos *lato sensu*. A motivação da distinção talvez resida no fato de que em sua origem no direito italiano a tutela inibitória possui conteúdo menos abrangente, comportando apenas provimentos mandamentais. A rigor, parece que a discussão (não obstante deva ser identificada) encerra apenas uma questão nomenclatural, na medida em que não há diferenças substanciais entre as figuras analisadas, restando claro para ambos os autores que o art. 461 do CPC possibilita o manejo da tutela preventiva do ilícito seja de forma mandamental, seja executiva *lato sensu*.

de uma zona de incerteza.⁷⁶ Contudo, como adiante se verá, tal discussão encontra pouca utilidade para os fins desse estudo (repita-se, a cumulação de pedidos envolvendo tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano), o que justifica a postura que temos adotado no decorrer do texto, também incluindo entre as funções da tutela inibitória a atuação contra ilícitos continuados.

Por outro lado, uma vez constata a ocorrência do dano, abre-se margem à atuação da *tutela repressiva do dano*. Tal espécie de tutela é a modalidade padrão de proteção consignada em nosso ordenamento (tanto que, como se demonstrou, por muito tempo supôs-se ser a única forma de tutela). Ora, verificada a ocorrência de um dano (injurídico), deve o Direito, através do processo, conferir instrumentos para que o lesado tenha o seu patrimônio devidamente recomposto. É justamente para que tal objetivo seja atingido que surge a chamada *tutela ressarcitória*.

Esta, ao contrário das anteriores, tem relação direta com a presença de um dano (vai além, pois, da conduta ilícita), sendo necessário, portanto, o preenchimento dos elementos da responsabilidade civil (dolo ou culpa, ressalvados os casos de responsabilidade objetiva). Admite duas modalidades, tutela ressarcitória pelo equivalente e tutela ressarcitória na forma específica, de acordo com a maneira que o dano será reparado.

No *ressarcimento pelo equivalente*, pretende-se transformar o direito lesado, do qual resultou um dano, num montante em dinheiro. No atual sistema

⁷⁶ Segundo o professor Luiz Marinoni, estar-se-á diante de um caso de tutela inibitória (preventiva, portanto) quando se atacar o ilícito continuado por meio de provimentos mandamentais; de outro lado, será caso de tutela reintegratória o combate do ilícito continuado através de mecanismos executivos *lato sensu*. MARINONI, Luiz Guilherme. *A atencipação ...* p. 77. Sérgio Arenhart, por seu turno, fiel à sua construção que toma como ponto de partida a atividade de cognição do magistrado, atribui à tutela inibitória um conteúdo menos amplo (apenas para o combate da consumação ou repetição do ilícito), classificando como

processual, tal modalidade atuará por meio da sentença condenatória, com o subsequente processo de execução, observadas as regras do Livro II do Código de Processo Civil.

Contudo, é necessário compreender que, “na verdade, a obrigação de reparar o dano não é obrigação de pagar uma soma em dinheiro equivalente ao valor do dano, mas antes de tudo obrigação de reparar o dano na forma específica. Apenas quando tal reparação é inviável, ou quando não é desejo do lesado, é que será possível o ressarcimento pelo equivalente em pecúnia”.⁷⁷ Ou seja, a tutela ressarcitória na forma específica deve prevalecer frente à reparação pelo equivalente. O objeto dessa forma de tutela é o restabelecimento a uma situação “equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado”,⁷⁸ sendo que o custo empregado em seu cumprimento não é necessariamente coincidente (pode ser maior ou menor, dependendo do caso concreto) com aquele que se verificaria na tutela ressarcitória pelo equivalente. Diferente da modalidade anterior, a ressarcitória na forma específica, de regra, utilizar-se-á das técnicas mandamentais e executivas *lato sensu* (ao invés da sentença condenatória), pois, “se há, atualmente, forma mais efetiva e adequada para a tutela do direito, não há como preferir a utilização do velho procedimento destinado à execução das obrigações de fazer e de não fazer, que privilegia o réu, estimulando a sua desobediência”,⁷⁹ sendo que, diante da nova redação do art. 644 do CPC (conferida pela Lei 10.444/02) dúvidas não mais pairam sobre esse tema.

tutela reintegratória sempre que se pretender evitar a perpetuação do ilícito continuado. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva ...** p. 132.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica ...**, p.154

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica ...**, p. 157

3) TUTELA INIBITÓRIA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Analisados sob as lentes dessa nova classificação das tutelas jurisdicionais de direitos (voltada à ação de direito material e tendo como base a atividade de cognição do magistrado) muitos institutos do direito processual civil apresentarão novos contornos, assumindo especial relevância a questão do ônus do tempo do processo.

Sobre o tema, esclarecedoras as palavras de ARENHART,

Sob esse enfoque, a tutela ressarcitória é a tutela mais demorada de todas, porque a cognição do juiz terá de levar em conta os elementos do *dano* e da *culpa* (ao menos na generalidade dos casos) para poder incidir. Como se sabe, a cláusula geral para o ressarcimento do dano, prevista no art. 159, do Código Civil brasileiro, exige, como pressupostos para esta proteção, que o causador do dano tenha agido com dolo ou culpa; mais que isto, é necessário que tenha existido um dano efetivo, apurável no mundo concreto. (...) Já em relação às tutelas inibitória e reintegratória – desenhadas à proteção contra o ilícito, para o objetivo de impedir a sua realização ou repetição, ou ainda para removê-lo quando realizado, respectivamente – ambos os elementos (dano e culpa) tornam-se de questionamento impertinente na ação, que tem como exclusivo *thema decidendum* a questão do ilícito. (...) Cada procedimento, nesta ótica, será dotado de mecanismos de efetivação (tutelas mandamental ou executiva *lato sensu*) adaptados à realidade material e – algo que toca diretamente nos problemas da tempestividade e da instrumentalidade da tutela jurisdicional – âmbito de cognição específico, limitados exclusivamente aos temas que efetivamente importam para fazer incidir as regras atinentes à espécie de proteção buscada.⁸⁰

Ora, esse novo cenário promoverá significativas repercussões no que diz respeito à cumulação de pedidos. Portanto, a partir de agora, analisaremos como se passa a cumulação de pedidos envolvendo a tutela inibitória ou, mais

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica* ..., p.170.

especificamente, como é possível a cumulação entre pedidos voltados contra o ilícito e contra o dano, sempre guiando-se pela perspectiva da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

3.1) PEDIDO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Na sociedade atual, o processo judicial é o meio através do qual se impele o Estado a dar guarida aos direitos previstos no ordenamento jurídico, sendo que, para a identificação da ação (de direito processual), nosso Código de Processo Civil adota a teoria da tríplice identidade (art. 301, § 2º), exigindo daquele que visa a se utilizar do direito de ação a individualização das partes, da causa de pedir e do pedido. Assim sendo, se se pretende analisar o instituto da cumulação de pedidos faz-se necessário, antes, delimitar o que seja pedido.

Nas preciosas lições de BARBOSA MOREIRA, surge com o processo a chamada *demanda*,⁸¹ compreendida esta como “(...) o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional”,⁸² sendo que “através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio (...)”.⁸³

Não se pode perder de vista, entretanto, que o *pedido* não é fenômeno meramente processual. Noutras palavras, no pedido pode-se vislumbrar uma dupla dimensão (processual e material), como bem anotou ASSIS: “o pedido agasalha a

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória coletiva** ... p. 125.

⁸¹ Conferindo significado um pouco diverso para a noção de demanda, distinguindo-a da de processo, vale a lição de Pontes de Miranda: “o processo começa pela apresentação da petição inicial ao juiz; com a citação, há angularidade, com que se inicia a *demanda*, a lide. A demanda judicial nasce no momento em que a outra parte é citada. (...) Antes da citação, tem o interessado de iniciar o processo, que é todo o desenrolar feito desde o pedido. A concepção do pedido, a assinatura da petição inicial e o despacho do juiz, mandando citar, fazem parte do processo, não ainda da demanda judicial. Processo é, pois, mais do que demanda; demanda é instância e, eventualmente, mais do que instância no sentido estrito (*verbis* ‘primeira instância’)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 30.

⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 09.

invocação do poder jurisdicional do Estado. Ele expressa o exercício da ação processual (demanda). O autor utiliza o remédio jurídico processual porque, face à proibição da tutela privada, de outra maneira lhe é defeso atingir o adversário. Por outro lado, e justamente porque aspira realizar um direito subjetivo frente ao réu, o pedido veicula a ação material”.⁸⁴

Como decorrência dessa dupla dimensão, a doutrina tem identificado dois objetos no pedido, conforme aponta BARBOSA MOREIRA: “em termos gerais, é possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*. O objeto *imediato* do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex: a condenação do réu ao pagamento de x); o objeto *mediato* é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex: a importância x)”.⁸⁵

Do mesmo modo, ao comentar esse tema, assim se posiciona FIGUEIRA JR: “(...) considera-se *imediato* o *pedido* à providência jurisdicional perseguida (...) [enquanto que] *objeto mediato* é nada menos do que o bem jurídico reclamado ou tutelado, ou seja, o bem da vida sobre o qual haverá de recair a proteção jurisdicional perseguida”.⁸⁶

Com base nessas noções introdutórias sobre a figura do pedido, pode-se avançar um pouco mais, a fim de identificar a disciplina processual da chamada cumulação de pedidos, esta compreendida como “(...) a possibilidade concedida

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro ...** p. 10.

⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações ...** p. 150. No mesmo sentido também parece ser a posição de Joel Figueira Jr., como se depreende da seguinte passagem: “na verdade, a *pretensão* que se funda no direito material de ação, como decorrência da ameaça ou violação a direito subjetivo daquele que afirma, judicialmente, ser o respectivo titular, formulará logicamente a formulação do *pedido* que representa a tutela jurisdicional perseguida pelo autor voltada a sua satisfação”. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Comentários ao CPC – Vol. 4, Tomo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil ...** p. 10.

⁸⁶ FIGUEIRA Jr, Joel Dias. **Comentário ao CPC – Vol 4, Tomo II ...** p. 50.

pelo sistema instrumental de o interessado, numa única relação jurídico-processual, ajuizar de forma simultânea e cumulativa, diferentes ações”.⁸⁷ No dizer de PONTES DE MIRANDA, “quando se exercem no mesmo processo duas ou mais pretensões contra o mesmo demandado, dá-se a cumulação objetiva de pretensões ou de ações”.⁸⁸

A doutrina não é uníssona quanto à classificação das várias formas de cumulação objetiva de pedidos admitidas por nosso Diploma Processual. Neste trabalho, adotaremos a divisão proposta por BATISTA DA SILVA, para quem as várias espécies de cumulação de pedidos devem ser classificadas em: *i)* cumulação simples; *ii)* cumulação alternativa eventual; e *iii)* cumulação sucessiva eventual.⁸⁹

Na *cumulação simples* o autor da demanda formula mais de um pedido, pretendendo que todos sejam apreciados e considerados procedentes pelo juiz. Sua principal característica advém da independência existente entre os vários pedidos cumulados, ou seja, “(...) os dois pedidos estão formulados apenas formalmente no processo, sem que exista entre eles qualquer vínculo de conexidade de modo a que a decisão sob um deles possa influir sobre a decisão a ser tomada sobre o outro”.⁹⁰ Deve-se anotar que não há obrigatoriedade de que autor formule seus pedidos de forma cumulada; entretanto, razões de economia processual o levam, no mais das vezes, a fazê-lo.⁹¹

Já a *cumulação alternativa eventual* está prevista no art. 289 do CPC. Com relação a essa forma de cumulação, cabe trazer à colação o alerta de BATISTA DA

⁸⁷ FIGUEIRA Jr, Joel Dias. *Comentário ao CPC – Vol 4, Tomo II ...* p. 132.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo IV ...* p. 70.

⁸⁹ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil ...* p. 228 ss.

SILVA, no sentido de que não se deve “(...) confundir pedido alternativo, correspondente às obrigações alternativas, com *pedidos alternativos cumulados*. Lá, a demanda é uma só, um só o pedido. Aqui, estamos em presença não de uma, mas de duas ou mais demandas cumuladas. A cumulação dos pedidos é que se reveste de um sentido de alternatividade”.⁹² Deve-se enfatizar, ainda, que justamente por se tratarem de “ações” diversas (as quais apenas estão reunidas no mesmo processo) não é necessário que os pedidos cumulados sob esta modalidade guardem compatibilidade entre si.⁹³

Por fim, há também o que o processualista gaúcho denomina *cumulação sucessiva eventual*, verificando-se esta espécie de cumulação “(...) quando o pedido formulado em segundo lugar só puder ser apreciado no caso de ser procedente o primeiro. (...) A procedência da demanda principal, no entanto, não condiciona o êxito da demanda cumulada. Ainda que a ação principal seja declarada procedente, poderá ser improcedente a demanda cumulada”.⁹⁴ Tal forma de cumulação de pedidos corresponde à hipótese diametralmente oposta da antes referida cumulação alternativa eventual.⁹⁵

⁹⁰ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil ...* p. 230.

⁹¹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações ...* p. 250.

⁹² SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil ...* p. 229.

⁹³ Nesse momento pode ser percebida a confusão nomenclatural que cerca o tema em discussão. Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart (*Manual do Processo ...* p. 92) e Calmon de Passos (*Comentários ...* p. 254), por exemplo, adotam a mesma posição expressada por Ovídio Batista da Silva, denominando *alternativa* a modalidade de cumulação que advém do art. 289 do CPC. Já Araken de Assis (*Cumulação ...* p. 253), Pontes de Miranda (*Comentários ...* p. 73) e Barbosa Moreira (*O novo ...* p. 12) rotulam tais hipóteses como *cumulação eventual*. Aliás, o que o mestre carioca considera ser *cumulação alternativa* em sua classificação, em suas próprias palavras, “(...) só impropriamente pode ser considerada modalidade de cumulação de *pedidos*, pois a pluralidade que nela existe não é de pedidos, mas de *objetos* (mediatos)” (*O novo ...* p. 13). Na verdade, o que Barbosa Moreira classifica como *cumulação alternativa* corresponde a *pedido alternativo* na proposta de Ovídio Batista, pois ambas as nomenclaturas fazem referência à hipótese contida no art. 288 do CPC.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil ...* p. 230.

⁹⁵ Ou simétrica e oposta à cumulação sucessiva, se se adotar as classificações de Barbosa Moreira, Pontes de Miranda ou Araken de Assis.

Eis o breve panorama das figuras do pedido e da cumulação de pedidos em nosso sistema processual. Deve-se salientar que tal construção foi concebida levando em consideração a classificação das ações com base nas técnicas processuais (efeitos do provimento, sentença) utilizadas pelo juiz (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva). Contudo, essa mesma classificação também poderá ser utilizada para a análise da cumulação de pedidos sob a perspectiva da classificação das tutelas aderentes ao direito material, aplicando-se-lhe, portanto, à cumulação de pedidos entre as tutelas voltadas contra o ilícito e as tutelas voltadas contra o dano.

3.2) UM ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO: O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE PEDIDO E SENTENÇA NAS TUTELAS VOLTADAS CONTRA O ILÍCITO

Se o que se está propondo é o estudo dos institutos de direito processual sob a ótica das tutelas aderentes ao direito material (que tem entre seus pilares a atividade cognitiva do juiz), não se pode olvidar as conseqüências que tal postura engendra com relação ao pedido formulado pelo autor e à cumulação de vários pedidos na mesma demanda.

Deve-se notar que, tomando-se por base a classificação tradicional das ações, a análise da cumulação de pedidos é realizada a partir de seu *objeto imediato*. Noutros termos, haverá cumulação de pedidos já quando se requerer provimentos judiciais de natureza diversa. Assim sendo, pelo menos a princípio, para que determinado direito pleiteado (e reconhecido) pudesse ser efetivado através de provimentos mandamentais e/ou executivos *lato sensu* haveria a necessidade de que autor formulasse o pedido de modo a requerer ambas as providências (seja em

cumulação simples, seja com a cumulação alternativa eventual). Caso não o fizesse expressamente, estaria o juiz desautorizado a proferir decisão com eficácia distinta daquela pleiteada na petição inicial, sob pena de julgar fora dos limites da lide (restando violados os art. 128 e 460 do CPC).⁹⁶

Por outro lado, à luz da classificação aderente ao direito material, assume papel de destaque a identificação do *objeto mediato* do pedido, somente havendo que se falar em cumulação de pedidos quando o autor da demanda pretender mais de um bem da vida (ou seja, a proteção de mais de um direito material) no mesmo processo, restando de somenos importância qual a natureza do provimento judicial que ocasionará tal desiderato. Dentro desse contexto, mesmo que o autor apenas fizesse menção a uma determinada espécie de provimento (mandamental, v.g.), nada impediria que o juiz proferisse decisão com eficácia distinta (executiva *lato sensu*, por exemplo), desde que através de tal medida se alcançasse o bem da vida pleiteado pelo autor e considerado procedente pelo magistrado.

Trata-se, na verdade, de mitigação (ou mesmo supressão) do *princípio da congruência entre pedido e sentença*, o que facilmente se depreende da interpretação do art. 461 do CPC (uma vez mais, em completa harmonia com as peculiaridades da espécie de tutela que visa a oferecer).

Manifestando-se sobre o tema, após afirmar que a tutela prestada pelo art. 461 do CPC engendra a atenuação do princípio da congruência, conforme ensina TALAMINI “o pedido do autor é vinculante para o juiz – e, nesse ponto, vigora o

⁹⁶ Moniz de Aragão, ao comentar o art. 460, afirma que “a natureza, de que fala a lei relativamente à sentença, corresponde ao objeto imediato do pedido; a quantidade ou o objeto, de que fala em seguida, concernem ao objeto mediato do pedido”. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 113. Assim sendo, o princípio da congruência, como regra geral, vedaria ao

princípio da congruência – no que tange à tutela mediata: a obtenção do resultado específico. A flexibilidade instaurada pelo regime *ex art.* 461 concerne aos mecanismos da tutela imediata (a eficácia do provimento – mandamental e executiva *lato sensu*; os instrumentos de realização concreta de tais eficácias)”,⁹⁷ posto apenas configurarem duas formas de se atingir o mesmo resultado específico. Em outra passagem, o mesmo autor afirma que “(...) essa duplicidade de vias para a efetivação do provimento não precisa ser explicada mediante a invocação de noções de ‘pedido implícito’, pedido ‘legalmente previsto’, ‘cumulação legal de pedidos’ ou similares”.⁹⁸ Essa conclusão pela atenuação do princípio da congruência encontra sua justificativa na busca de operatividade e racionalização do sistema processual, posto que

em certo sentido, a não aplicação do princípio da congruência ao pedido imediato destina-se a intensificar a exatidão da correspondência entre a tutela (o resultado da atuação jurisdicional) e o pedido *mediato*. (...) Portanto, a eliminação do princípio da congruência entre pedido imediato e provimento que concede a tutela, no campo do art. 461, tem em mira o aperfeiçoamento da incidência desse princípio relativamente ao pedido mediato. A congruência *formal* cede espaço à congruência *material*.⁹⁹

Já MARINONI e ARENHART vão além, sustentando que o comando legal insculpido no art. 461 do CPC contém uma verdadeira exceção (e não apenas

magistrado tanto proferir sentença de natureza diversa do que requerido pelo pedido imediato, quanto para o obtenção de resultado diferente do explicitado pelo pedido mediato.

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa** ... p. 282.

⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa** ... p. 405.

⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa** ... p. 405-406. No mesmo sentido também parece apontar Cândido Dinamarco ao asseverar que “é mais do que razoável, também para a efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional e acesso à justiça, superar a regra da correlação entre sentença e demanda (arts. 128 e 460), com vista à efetividade dessa tutela”, muito embora admita tal postura apenas quando, depois de proferida a sentença, o réu insista em prosseguir inadimplindo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 227.

mitigação) ao princípio da congruência.¹⁰⁰ Contudo, divergências de posicionamento à parte, não há diferenças substanciais nas conclusões obtidas pelos autores analisados, já que todos concordam ser possível ao juiz proferir decisão de natureza diversa daquela que o autor expressamente veiculou em seu pedido (imediato), desde que tal providência (não explicitamente requerida) se direcione à satisfação do direito material (pedido mediato) do autor que tiver razão (nada além disso!).¹⁰¹

Assim sendo, se o autor pretende evitar a consumação, a repetição ou a continuação de uma ação (ou omissão) ilícita, não será necessário que formule pedido requerendo a adoção de medidas judiciais mandamentais e/ou executivas *lato sensu* (em cumulação de pedidos), posto que interessa à atividade jurisdicional (analisado o processo sob o prisma das tutelas aderentes ao direito material) proporcionar ao autor que tem razão o real exercício de seu direito material, veiculado no pedido mediato (não importando a técnica processual – *rectius*, a natureza da sentença – apta a atingir esse fim).

O mesmo raciocínio, porém, não pode ser totalmente empregado para a tutela voltada contra o dano. É dizer, se o autor requereu tutela ressarcitória na forma específica, o juiz, ao reconhecer a procedência do pedido, poderá determinar

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** ... p. 120. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual** ... p. 88. Comungando da mesma opinião, ALVIM, José Manoel de Arruda. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1995, p. 402. Em sentido contrário, ou seja, sustentando que o princípio da congruência resta inalterado frente à letra do art. 461, posiciona-se Joaquim Spadoni, o qual afirma que “(...) a tutela jurisdicional invocada pelo autor da ação inibitória é, por força legal, necessariamente dotada tanto da eficácia mandamental, quanto da executiva *lato sensu* (...)”, sendo que, mesmo não sendo mencionado pelo autor, tal espécie de provimento estará implicitamente requerido. SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** ... p. 118.

¹⁰¹ Apenas enfatiza-se que a adoção de medida não expressamente requerida, para a efetivação do bem da vida a que o autor tiver direito, somente se justifica se se levar em consideração o princípio do menor sacrifício do réu, assumindo grande importância os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na decisão judicial frente ao caso concreto.

medidas mandamentais e/ou executivas *lato sensu* (tenham estas sido ou não expressamente requeridas), posto destinarem-se a satisfação do mesmo objeto mediato (prestação na forma específica).

Contudo, se a petição inicial apenas pleiteou que o próprio réu reparasse o dano causado, não poderá o magistrado fixar valor pecuniário a título de perdas e danos (tutela ressarcitória pelo equivalente), pois estaria dando ao autor algo diverso (não somente em relação ao objeto imediato, mas também no que pertine ao objeto mediato) do que havia sido requisitado. Nesse sentido, aliás, já decidiu o STJ: “se a parte formulou pedido certo, de condenação da ré na execução de reparos, sob pena de cominação de multa por dia de descumprimento da obrigação, ao juiz é defeso, incidindo em ofensa ao ‘princípio da adstrição’, proferir condenação alternativa, a cargo do devedor, de indenizar os valores dos consertos”.¹⁰²

Em casos como tais, se se pretende reunir a discussão num mesmo processo, é incumbência do autor se utilizar da técnica da cumulação alternativa eventual, para que o juiz – caso negue o pleito de tutela ressarcitória na forma específica – possa validamente (já que se instalará o contraditório, havendo manifestação do réu) analisar o requerimento de perdas e danos formulado supletivamente.¹⁰³⁻¹⁰⁴

¹⁰² STJ, Resp 18.048-0 RJ, Rel. Min. Sálvio Teixeira, DJ 29/11/93.

¹⁰³ Haverá, porém, a possibilidade de o juiz condenar o réu ao pagamento de perdas e danos (mesmo que não expressamente requisitado pelo autor) em duas circunstâncias: *i*) quando sobrevier a impossibilidade de se atingir o resultado específico no transcorrer do processo (devendo o valor, se necessário, ser obtido através do processo de liquidação); e *ii*) por opção ou expressa concordância do autor, mesmo se já o processo já tiver se iniciado (e, ainda assim, desde que o réu possa se manifestar).

¹⁰⁴ A necessidade de cumulação de pedidos também poderá se revelar quando o autor pleiteia que parte da obrigação do réu seja prestada na forma específica, enquanto que o dano decorrente do descumprimento de outra parcela dessa mesma obrigação deva ser ressarcido monetariamente (por exemplo, por se afigurar impossível a prestação específica quanto a essa parcela).

3.3) PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA (CONTRA O ILÍCITO) CUMULADO A PEDIDO DE TUTELA RESSARCITÓRIA (CONTRA O DANO): O PROBLEMA DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL

Com o exposto até o momento, procurou-se demonstrar como se opera, sob o prisma da classificação das tutelas aderentes ao direito material, a cumulação de pedidos concernentes a uma mesma categoria. Noutros termos, apresentaram-se situações em que não haverá necessidade de que o autor expressamente formule pedidos cumulados quando pretender evitar a consumação, repetição ou continuação de uma ação (ou omissão) que viole um direito material seu (ou seja, nas tutelas voltadas contra o ilícito, dentre as quais se insere a tutela inibitória). Por outro lado, com relação às tutelas voltadas contra o dano, fez-se referência à necessidade de que o autor explicita em sua exordial a intenção de que o juiz aprecie pedido de prestação específica por parte do réu e/ou a fixação de valor em dinheiro a título de perdas e danos, apresentando-se na forma de cumulação (simples ou alternativa eventual) de pedidos.

Passamos agora a analisar a possibilidade (e utilidade) de que pedidos relativos a categorias diversas se apresentem cumulados no mesmo processo. É dizer, trataremos da cumulação entre pedido inibitório (voltado contra o ilícito) e pedido ressarcitório (voltado contra o dano).

Inicialmente, reputamos necessário constatar que tal situação pode ser verificada com certa frequência na prática forense. Alguns exemplos ajudarão a clarear o que se está a dizer.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, prevê as chamadas *cláusulas abusivas*, estas compreendidas como opressivas ou excessivamente

onerosas; outorgando uma vantagem indiscriminada para a empresa, em detrimento do consumidor (o qual sequer tem a chance de discutir o seu conteúdo, posto se tratarem, no mais das vezes, de contratos de massa). É dizer, a inexistência de tais cláusulas nos contratos de consumo revela-se um *direito material* de todo consumidor. Assim sendo, já quando houver ameaça de que um desses contratos (no qual está inserida uma cláusula juridicamente abusiva) será colocado à disposição do mercado, pode-se recorrer ao Judiciário, a fim de que o comerciante respeite sua obrigação de não incluir em seus contratos tais dispositivos (através de medidas coercitivas) ou para que se atinja o resultado prático equivalente ao cumprimento dessa obrigação (por meio de provimentos executivo *lato sensu*). Trata-se de medida preventiva do ilícito (tutela inibitória *tout court*).¹⁰⁵

Ocorre que, não raramente, quando se buscar a tutela jurisdicional, tais contratos já estarão operando seus efeitos. Diante dessa circunstância, continuará sendo cabível o manuseio da tutela inibitória, a fim de *i)* prevenir que outros consumidores vejam violado o seu direito material de que não lhes seja ofertado contratos de consumo contendo cláusulas abusivas, ou para *ii)* evitar a perpetuação do ilícito no tempo. Porém, uma vez que já se encontram em operação, poderá ocorrer que tais contratos (além de apenas violar um direito material) estejam a causar danos aos consumidores.

Em casos como esses, afigura-se plenamente possível a cumulação do pedido inibitório com o pedido ressarcitório. Cabe ressaltar, ainda, que, via de regra, se estará diante de uma hipótese de *cumulação sucessiva eventual*, na medida em

¹⁰⁵ Sobre a aplicação da tutela inibitória aos contratos de consumo, vide MARTINS, Ivanise Maria Tratz. **A tutela inibitória contra as cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. Dissertação de Mestrado.

que as desvantagens decorrentes de certa disposição contratual somente poderão ser consideradas *danos juridicamente ressarcíveis* se se constatar a ilicitude da cláusula (por ser abusiva). É dizer – muito embora não se possa identificar um pedido principal entre aqueles cumulados – o pleito ressarcitório somente será apreciado se o juiz concluir que a cláusula que está a gerar o dano é juridicamente abusiva.¹⁰⁶

Outra hipótese pode ser vislumbrada na proteção ao meio ambiente. Imaginemos que uma fábrica obtenha do órgão competente Licença Ambiental de Operação, a qual condiciona o funcionamento do empreendido à adoção de certas medidas que visem a evitar/minimizar os impactos de sua atividade no ecossistema.

Aproximando-se a data marcada para a inauguração da fábrica, constata-se que os responsáveis não providenciaram o cumprimento das exigências apostas na Licença, resultando em séria ameaça de que as atividades se iniciem em desacordo com o estipulado pelo órgão competente. Se efetivamente entrar em operação nessas condições, estará a empresa agindo de forma ilícita (em desacordo com a Licença de Operação expedida) e, via de consequência, violando o direito material (difuso e, portanto, atribuível a todos) de que o exercício da atividade econômica se faça dentro de parâmetros ambientalmente sustentáveis (uma das facetas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Diante desse caso concreto, afigura-se-nos plenamente viável recorrer-se ao Judiciário para que se determine, sob pena

Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2000.

¹⁰⁶ Situação semelhante pode ser verificada nos casos em que se pretende evitar que certa matéria jornalística continue ou volte a ser veiculada por ser tida como ofensiva à honra e à imagem do autor (pedido inibitório), cumulando-se pedido ressarcitório a título de danos morais. Ou, ainda, quando se pretende afastar a violação ao direito à marca de certo produto (tutela inibitória) cumulado a pedido ressarcitório por lucros cessantes. Em ambos os exemplos, pelo menos a princípio, se estará diante de cumulação sucessiva eventual, na medida em que a apreciação do pedido ressarcitório dependerá de julgamento quanto ao pedido inibitório. Sobre esta segunda hipótese, vide DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001.

de multa, a instalação dos equipamentos necessários, ou mesmo o emprego de medidas que obstem a consumação do ilícito (prescindindo da vontade dos réus). Uma vez mais, se está diante de uma situação que enseja o manuseio da tutela inibitória *tout court*.

Mas também aqui poderá ser empregada a tutela inibitória quando a fábrica já estiver em plena operação (sem cumprir as condicionantes da Licença), precipuamente para evitar a continuação da conduta ilícita. Todavia, uma vez em funcionamento, além da prática de um ilícito, poderá ser constatado que a inobservância do que determina a Licença esteja causando danos ambientais. Aqui também se revela a possibilidade de cumulação do pedido inibitório (voltado contra o ilícito) e do pedido ressarcitório (combatendo o dano ao meio ambiente). Enfatize-se, porém, que diferentemente dos casos antes analisados, ocorrerá aqui *cumulação simples* de pedidos. Isso porque, em virtude do regime jurídico aplicável à reparação de danos causados ao meio ambiente, o pedido ressarcitório poderá (deverá!) ser apreciado independentemente de se constatar (ou não) a ilicitude da atividade.¹⁰⁷

Mas admitir a cumulação de pedidos visando à obtenção, no mesmo processo, de tutela inibitória e de tutela ressarcitória nos remete a uma séria questão, intrinsecamente relacionada à tempestividade da tutela jurisdicional.

Ora, como já se analisou à exaustão, o dano e a culpa (esta, quando cabível) são elementos que se ligam à responsabilidade civil, mas não podem ser

¹⁰⁷ É este o posicionamento defendido por Nelson Nery Jr: “ainda que a conduta do agente que causa o dano seja lícita, autorizada pelo poder competente, embora obedeça a normas técnicas para o exercício de sua atividade, se dessa atividade resulta prejuízo ambiental, tem ele a obrigação de indenizar”. **Responsabilidade Civil e Meio Ambiente** (*in*: Revista do Advogado). AASP, vol. 71, 07/92.

considerados pressupostos para a tutela preventiva do ilícito. Assim sendo, não se pode olvidar que, mesmo apresentando-se de forma cumulada, o âmbito da atividade cognitiva desempenhada pelo juiz na apreciação do pedido ressarcitório será, não raramente, muito mais amplo que o necessário para a análise do pedido inibitório.

Tal afirmação pode ser constata nos exemplos antes mencionados. Para a comprovação da ilicitude de uma cláusula contratual abusiva bastará, pelo menos a princípio, que o juiz analise o contrato à luz do Direito. Também para a demonstração da ilicitude da atividade empresarial, é suficiente demonstrar que o estipulado na licença não está sendo cumprido pelos empreendedores. Não há que se discutir acerca da existência de elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta do réu, tampouco sobre a aptidão de tais ilicitudes efetivamente causarem danos (nexo causal), revelando-se desnecessárias, no mais das vezes, dilação probatória quanto ao pleito inibitório.¹⁰⁸

Por outro lado, a demonstração da efetiva ocorrência de danos ambientais ou aos consumidores dependerá, no mais das vezes, de ampla dilação probatória – incluindo a ouvida de testemunhas e a realização de perícia – o que tornará, por óbvio, muito mais demorado o tempo do processo.

Como consequência desse cenário, muitas vezes o pedido inibitório se mostrará pronto para julgamento (ou seja, o juiz estará apto a dirimir a controvérsia)

¹⁰⁸ Não se está a dizer que *nunca* haverá a necessidade de produção probatória, mas que normalmente bastará a prova documental para que se demonstre a ilicitude da conduta e a ameaça de que ela ocorra (únicos pressupostos da tutela inibitória). Não se deve fechar os olhos à possibilidade de, por exemplo, as peculiaridades do caso concreto reclamarem a necessidade de que se realize inspeção judicial na fábrica, ou que sejam requisitadas informações do órgão ambiental com relação ao cumprimento das exigências constantes da Licença. Ciente dos objetivos da tutela inibitória, caberá ao juiz admitir (ou não) a produção de

muito antes de que o mesmo ocorra com o pedido ressarcitório. Assim sendo, exigir-se o término do processo (com o julgamento do pedido ressarcitório) para que somente então se considere encerrada a discussão acerca do pedido inibitório (cumulado) é solução que, em tudo, conflita com a tempestividade da tutela jurisdicional.

Sobre o tema, brilhantemente se manifestou MARINONI: “é preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão”.¹⁰⁹ E, no que pertine especificamente à cumulação de pedidos, assevera

(...) se o Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio da economia processual, admite a cumulação de pedidos, e um dos pedidos está maduro para julgamento, enquanto o outro está a exigir prova testemunhal e/ou pericial, é descabido penalizar o autor, que foi autorizado a cumular os pedidos, obrigando-o a esperar por uma tutela jurisdicional que lhe poderia ser prestada com mais imediatidade caso não houvesse optado pela cumulação.¹¹⁰

Se ao cidadão que busca amparo da Justiça parece óbvio que o processo somente tem sentido enquanto o juiz ainda não puder decidir a lide (ou seja, enquanto ainda não estiver pronto para resolver a controvérsia), a situação não se revela tão simples sob o prisma processual, haja vista o anacrônico apego ao princípio da unidade e da unicidade do julgamento, segundo o qual o juiz deveria decidir as questões de mérito num único momento, o que vedaria o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, mesmo que este se mostrar pronto para

tais provas. De todo modo, mesmo diante desses casos, não se pode olvidar que a dilação probatória tende a ser mais abreviada que a necessária para a demonstração e quantificação do dano (tutela ressarcitória).

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

ser decidido antes dos outros.¹¹¹

Entretanto, o operador do direito preocupado com a efetividade do processo não pode aceitar passivamente esse cenário; muito ao contrário, deve buscar alternativas (dentro do próprio sistema processual) para solucionar esse problema, garantindo ao autor que tem razão a tempestividade da prestação da tutela jurisdicional. Adiante, passamos a analisar alguma dessas alternativas.

3.4) TUTELA INIBITÓRIA CUMULADA COM TUTELA RESSARCITÓRIA (OU, BREVES APONTAMENTOS DO JULGAMENTO DO PEDIDO INIBITÓRIO QUE SE TORNA INCONTROVERSO ANTES DO PEDIDO RESSARCITÓRIO)

Apresentamos, inicialmente, a proposta formulada por TALAMINI.¹¹² Segundo o mencionado autor, o julgamento imediato parcial do mérito (aqui incluído a decisão acerca de um dos pedidos cumulados)¹¹³ pode ser realizado por ocasião do despacho saneador, na medida em que “(...) o objetivo da etapa saneadora é precisamente diminuir a matéria objeto da cognição do juiz, na continuidade do processo, estritamente àquilo que ainda não se está em condições de decidir”.¹¹⁴ Dando seqüência ao seu raciocínio, afirma que tal conduta não pode ser tida como mera faculdade do magistrado, ou seja, “(...) examinar ou não essas questões no ‘julgamento conforme o estado do processo’ não se submete ao mero talante do juiz. Havendo elementos para a matéria ser decidida, cumpre-lhe apreciá-

¹¹¹ Embora duras, parecem-nos certas as palavras de Rogéria Doria: “muitas vezes, aos processualistas falta a objetividade e a simplicidade dos leigos, os quais jamais perdem de vista o campo do direito material”. DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

¹¹² TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo* (in: Revista de Processo n. 86). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 77-111.

¹¹³ Note-se que a sua proposta, pelo menos a princípio, apenas abrange hipóteses de julgamento de uma parcela do pedido. Não trata, expressamente, do julgamento de um dos pedidos cumulados. Entretanto, o modelo aventado pode ser estendido a esses casos, ainda mais quando tal medida se revelar consentânea com a busca da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional.

¹¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo ...* p. 95.

la já na fase saneadora”.¹¹⁵ E, ao final, assim arremata: “há de se decidir nesse momento tudo o que já pode ser decidido – em outros termos, tudo o que, se deixado para depois, estará sendo decidido *tardamente*”.¹¹⁶

Apresenta como características do julgamento parcial de mérito (e, aditamos, do julgamento de um dos pedidos cumulados) já no despacho saneador: *i*) a impossibilidade de reexame do tema pelo juiz de primeiro grau, excetuadas as questões conhecíveis de ofício; *ii*) quanto à recorribilidade dessa decisão, caberá agravo de instrumento, o qual não possibilita, por si só, a execução imediata da sentença (nada obstando, porém, que, presentes os requisitos autorizadores, seja concedida antecipação de tutela no mesmo momento); *iii*) a eficácia dessa decisão fica condicionada àquela da sentença final, sendo que “(...) o comando da sentença automaticamente incorpora o anterior *decisium* parcial sobre o mérito”.¹¹⁷

Outra proposta de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados é formulada por MARINONI. Vale trazer à colação a lição do ilustre processualista:

Antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano ‘della unità e unicità della decisione’. Este princípio, elaborado há muito, não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para o julgamento, seja porque diz respeito apenas à matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da

¹¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo* ... p. 104.

¹¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo* ... p. 109.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo* ... p. 96.

‘unità e unicità della decisione’.¹¹⁸

Segundo MARINONI, portanto, o julgamento de um dos pedidos cumulados em momento distinto dos demais encontra fundamento no instituto da antecipação da tutela. Tal entendimento é reafirmado na seguinte passagem: “*se o direito provável não pode admitir protelação, o direito incontrovertido, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada. É lícito, assim, retirar do art. 273, II, do CPC, a possibilidade de tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados (...)*”.¹¹⁹

Note-se que é requisito para o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados *apenas* a desnecessidade de dilação probatória. Interessa, portanto, que o juiz disponha dos elementos necessários e suficientes para julgar determinado pedido do mesmo modo que o faria caso não houvesse cumulação.¹²⁰ Disso resulta outra importante conclusão: como a decisão do juiz é exatamente aquela que se verificaria caso não ocorresse o cúmulo de pedidos, não há que se falar em provisoriedade. Noutros termos, estar-se-á diante de uma decisão fundada em *cognição exauriente*, apta a declarar a existência de dado direito, produzindo, portanto, *coisa julgada material*, pois “(...) antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária”.¹²¹

Note-se que a decisão que julgar antecipadamente um dos pedidos

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, julgamento ...** p. 142.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, julgamento ...** p. 162. A mesma conclusão pode ser obtida com base em outra passagem do texto: “não há razão, de fato, para não se admitir a tutela antecipatória dos direitos incontroversos. Obrigar o autor a esperar a instrução necessária para a definição de um dos seus pedidos, quando os outros já foram evidenciados, é *impor à parte, de forma irracional, o ônus do tempo do processo e agravar o ‘dano marginal’ que é acarretado a todo autor que tem razão*” (p. 146).

¹²⁰ Em última análise, conforme se depreende da proposta de Marinoni, pouco importa se o pedido foi, em algum momento durante o processo, *controvertido* (ou seja, contrariado pelo adversário), bastando que já se encontre pronto para ser apreciado pelo magistrado.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, julgamento ...** p. 147.

cumulados que se revelar incontroverso pode ser atacada por meio da interposição do recurso de agravo de instrumento (e não de apelação), posto que o processo continuará a transcorrer em relação aos demais pedidos. Sobre esse tema, podem ser aproveitadas as palavras de NERY JR.: “o único dado relevante para a aferição da natureza do ato do juiz é a continuação ou não do processo, sempre se levando em conta o sentido finalístico do pronunciamento judicial, vale dizer, a aptidão do ato judicial pôr ou não fim ao processo. Se o ato judicial não coloca termo ao processo, que vai continuar, configura decisão interlocutória, ainda que seja *de meritis*, como por exemplo o de decretar-se a decadência liminarmente”.¹²² Acrescente-se, ainda, que “a tutela antecipatória, nos casos ora estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva a sua eficácia mesmo após a extinção do processo. O processo prossegue, após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido”.¹²³

Por fim, indicamos ainda um outro caminho possível para o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados que se revelar pronto para ser decidido antes dos demais, com fulcro no § 6º do art. 273 do CPC (com a redação dada pela Lei 10.444/02), *verbis*: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroversa”.

Contudo, de acordo com o sentido e extensão que parte da doutrina vem empregando ao termo *pedido incontroverso* contido no § 6º do referido comando legal, restaria afastada a incidência desse instrumento quando, embora objeto de alegações contrárias por parte do réu, determinado pedido cumulado esteja maduro

¹²² NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

para ser julgado antes dos outros (por prescindir da produção de mais provas). DINAMARCO, por exemplo, interpreta restritivamente a supra citada expressão, ao afirmar que “a incontrovérsia de que cuida o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil significa, portanto, a ausência de questionamento de algum dos pontos de fato contidos na petição inicial”.¹²⁴ Em sentido semelhante também parecem apontar LUIZ WAMBIER e TEREZA WAMBIER.¹²⁵

Com todo o respeito que tão renomados autores merecem, reputamos ser plenamente viável atribuir à expressão *pedido incontroverso*, contida no art. 273, § 6º, uma interpretação mais ampla.¹²⁶ Ou seja, deve-se considerar abarcado pelo comando legal ora analisado também as hipóteses em que, muito embora tenha se revelado controverso em algum momento do processo, determinado pedido pode ser decidido pelo juiz nos mesmos moldes em que o seria caso não houvesse outros pedidos cumulados (os quais reclamam maior dilação probatória).

Deve-se consignar (e lamentar!), ainda, que a recente alteração do art. 273 do CPC, pode reforçar o entendimento defendido por muitos, no sentido de que tal decisão não conduz ao julgamento definitivo do pedido cumulado que se revelou incontroverso. Nesse sentido é o posicionamento de Luiz Wambier e Tereza Wambier: “(...) a circunstância de o processo estar *maduro* com relação a uma parte

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento ...* p. 164.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma ...* p. 98.

¹²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56-57.

¹²⁶ Fazemos isso, diga-se de passagem, seguindo o ensinamento formulado por Cândido Dinamarco em outra obra: “em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõe resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade ...* p. 302.

do pedido ou a um dos pedidos não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação, em primeiro lugar”.¹²⁷ Também comunga da mesma opinião DINAMARCO: “que pena! O legislador não quis ousar mais, ao ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito”.¹²⁸

Não obstante esteja prevista sob o rótulo de antecipação da tutela, a decisão que julgar antecipadamente um dos pedidos cumulados será exatamente a mesma que seria proferida caso não houvesse a necessidade de continuidade do processo em relação aos demais pedidos. É, portanto, decisão que se reveste da nota da definitividade (muito embora possa ser atacada por meio de recurso), estando apta a produzir coisa julgada material. Noutros termos, uma interpretação com vistas à efetividade e tempestividade do processo permite atribuir ao novo § 6º do art. 273 as mesmas consequências que Marinoni já previra anteriormente (conforme se fez menção, com base no inciso II do mesmo comando legal). Tal assertiva revela-se deveras importante para que este novo dispositivo possa ser visto como uma atenuação (quando não a própria supressão) do princípio da unidade do julgamento (e, não a sua confirmação).

Eis, portanto, algumas alternativas vislumbradas pela doutrina a fim de que se torne viável o julgamento antecipado de um pedido que se revelar maduro antes dos demais pedidos cumulados. Repita-se que nosso objetivo resume-se a apenas apontar a existência desses instrumentos já no sistema processual atualmente

¹²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários ...** p. 57.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma ...** p. 96. Contudo, logo em seguida, o mesmo autor relembra a posição defendida por Marinoni, no sentido de que o Código de Processo Civil brasileiro já comporta a cisão do julgamento de mérito e, concluindo, assevera: “Oxalá os tribunais o ouçam,

vigente (além de delinear-lhes, brevemente, as principais características).

A construção de um mecanismo dessa natureza revela-se imprescindível para se evitar que o processo prejudique o autor que tiver razão, pois a demora da prestação jurisdicional, por certo, apenas beneficia o réu que não a possui (especialmente quando a situação fática revelar que não há mais nada a ser discutido em relação a determinado pedido). O que se está a dizer pode ser constatado frente aos casos de cumulação de pedido inibitório com pedido ressarcitório. Como o âmbito da atividade cognitiva do juiz tende a ser menor na tutela inibitória (por prescindir da verificação do dano), seria injusto fazer o autor que tem razão esperar até o julgamento do pedido ressarcitório para que tenha uma decisão definitiva quanto ao pedido inibitório que, não raramente, há muito já se encontrará pronto para tanto. Essa situação torna-se ainda mais flagrante quando se tem em mente que a tutela preventiva de direitos (voltada contra o ilícito) objetiva, muito freqüentemente, a proteção de direitos sem cunho patrimonial.

Por certo, muitos questionamentos precisarão ser enfrentados para a aceitação (e mais, para a implementação) do julgamento antecipado do pedido cumulado que se revelar incontroverso (transcorrendo o processo em relação aos demais). Talvez um dos mais inquietantes concirna à execução imediata dessa decisão que julgou o pedido cumulado incontroverso. Note-se que nosso ordenamento processual (infelizmente!) ainda consagra como regra geral o duplo efeito das apelações. Assim sendo, parece ser inevitável concluir que o julgamento antecipado do pedido cumulado incontroverso, não obstante se faça por meio de

especialmente agora que o § 6º do art. 273 do Código brasileiro abriu caminho à desmitificação do dogma da unidade do julgamento de mérito”.

decisão interlocutória, deve seguir, quanto à possibilidade de imediata execução, idêntica sorte que teria caso a mesma decisão fosse proferida num processo em que não ocorresse a cumulação de pedidos. Ou seja, como regra geral, seria atribuído o efetivo suspensivo também às decisões que julgam antecipadamente pedido incontroverso.¹²⁹

Tal problema, contudo, não se apresenta quando se estiver diante de um caso de pedido inibitório que se revelar maduro para julgamento antes do pedido ressarcitório. Noutros termos, a decisão que concede a tutela inibitória poderá (deverá!) ser efetivada imediatamente, mesmo que o processo continue sua marcha em relação ao pedido ressarcitório.

O mesmo raciocínio que impede a execução imediata dessa decisão na generalidade dos casos autoriza que a tutela inibitória seja desde logo efetivada. É dizer, é possível concluir que a apelação interposta contra sentença que concede tutela inibitória deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Sobre o tema, cabe trazer à colação a lição de SPADONI:

em virtude de sua índole satisfativa, por prestigiar a tutela específica do direito e, principalmente, por tratar-se de tutela preventiva, a sentença que julga uma ação inibitória deve autorizar a sua imediata execução. (...) por se tratar de tutela preventiva, destinada a evitar a concretização de um ato ilícito que viole o direito do autor, entendemos que à sentença inibitória deve aplicar-se, por identidade de razões, o quanto disposto no art. 520, inc. IV, do CPC, que atribuiu à sentença do processo cautelar apenas o efeito devolutivo, o que lhe permite cumprir sua função processual e constitucional de conceder à parte a devida e

¹²⁹ Pensar o contrário seria retirar do réu o direito (embora injustificável) assegurado pelo CPC de que, via de regra, se interponha recurso com efeito suspensivo das decisões *de meritis*. Todavia, como já alertou Talamini, abre-se a possibilidade de que, no mesmo momento em que se julgar o pedidos cumulado incontroverso, o juiz profira decisão antecipatória da tutela, o que permitiria a sua execução imediata. Sobre a utilização da tutela antecipada para a execução imediata da sentença, *cf.* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, julgamento ...** p. 179 ss.

adequada tutela jurisdicional preventiva.¹³⁰

Assim sendo, se o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados deve seguir o mesmo regime aplicável à sentença que seria proferida caso não existisse a cumulação, é perfeitamente possível concluir pela possibilidade de execução imediata da decisão (interlocutória) que verse sobre pedido inibitório (mesmo que o processo siga em frente, para que se aprecie o pedido ressarcitório), posto que a sentença seria recebida apenas no efeito devolutivo.

¹³⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** ... p. 214-215. Ademais, como salienta o mesmo autor, em casos de tutela inibitória típica o ordenamento processual possibilita a execução imediata da sentença, conforme se depreende do art. 58, V da Lei 8.245/91, art. 12 da Lei 1.533/51 e art. 14 da Lei 7.347/85.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para esse momento optou-se por não utilizar a tradicional fórmula de retomar pontos discutidos no corpo do trabalho, elaborando-se uma lista dos posicionamentos defendidos, com vistas à apresentação de um “resumo” do contido no texto.

À guisa de conclusão, pretende-se apenas reafirmar a postura de que deve ser adotada pelo operador do Direito diante de sua tarefa (verdadeira missão!) de interpretar e fazer aplicar as normas jurídicas de modo a assegurar efetiva e tempestivamente o exercício de um dado direito preconizado pelo ordenamento jurídico. A existência de todo o aparato judicial (e o conseqüente monopólio da jurisdição) somente encontra legitimidade na medida em que seus provimentos estiverem conectados com a realidade fática que visa a disciplinar. Para tanto, é necessário que nunca se perca de vista que são as teorias e as interpretações conferidas às normas que devem se afeiçoar à realidade das pessoas (nunca o contrário).

Dentro desse contexto, revela-se imprescindível e irrenunciável a tarefa atribuída a todos os operadores do Direito (advogados, juízes, promotores, etc.) na busca da constante (re)construção do sistema jurídico, frente aos desafios impostos por uma sociedade dinâmica, plural e materialmente desigual. A título de síntese dessa mentalidade, lapidar é o ensinamento de Michele Taruffo, segundo o qual, é necessária “(...) a consciência de que nada mais é fornecido a priori e de que

também o conhecimento do mundo é resultado de um incerto, laborioso, complicado e jamais exaurido processo de aprendizagem e interpretação”.¹³¹

A construção da doutrina acerca da tutela inibitória – assim como a proposta humildemente apresentada nesse trabalho no que pertine à cumulação de pedidos – é apenas um dentre os vários campos de aplicação dessa premissa.

O tema apreciado, seja pela sua novidade ou pelo seu profundo senso inovador, não encontra(rá) unanimidade entre os estudiosos do processo civil, sendo inevitável o surgimento de críticas e discordâncias. Todavia, tal contraposição de opiniões, longe de ser tida como algo reprovável, deve ser vista justamente como palco privilegiado para o aprimoramento da Ciência Processual Civil, na medida em que mesmo posições discrepantes tenham como norte um único objetivo: a efetividade do processo.

¹³¹ TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz** (tradução de Cândido Rangel Dinamarco). IBEJ, Curitiba, 2001, p. 40. Esta conferência foi a Aula Magna do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, em 2001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Manoel de Arruda. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **A tutela inibitória coletiva**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2002.
- ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual (3ª Série)**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. **O novo processo civil brasileiro**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil (volume 2)**. São Paulo: Saraiva, 1969.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. **A reforma da reforma**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001.
- FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil (volume 4 – tomo I)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- _____. **Comentários ao CPC – Vol. 4, Tomo II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de Execução.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC).** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Tutela Inibitória (individual e coletiva).** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **A antecipação da tutela.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentário ao Código de Processo Civil – vol. 5, tomo I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Manual do Processo de Conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS, Ivanise Maria Tratz. **A tutela inibitória contra as cláusulas abusivas nos contratos de consumo.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2000.
- MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. **Comentários ao Código de Processo Civil (volume 11).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NERY Jr., Nelson. **Código de Processo Civil comentado.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Responsabilidade Civil e Meio Ambiente (in: Revista do Advogado).** AASP, vol. 71, 07/92.
- _____. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A natureza jurídica da tutela dos alimentos**

decorrentes do dever de sustento à luz da classificação das tutelas aderentes ao direito material. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado das Ações (volume I).** 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil (volume I).** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (4ª ed. 1998).

_____. **Sentença e coisa julgada.** 2ª ed. Porto Alegre: Fabris.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutelas Relativas aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Saneamento do processo** (*in*: Revista de Processo n. 86). São Paulo: RT, p. 77-111.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz** (tradução de Cândido Rangel Dinamarco). IBEJ, Curitiba, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.